Universidad Iberoamericana Puebla

Repositorio Institucional **http://repositorio.iberopuebla.mx**

Derecho Materiales de Investigación

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 JURlDICA

(En la Legislaci6n 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 lnstitucional.

Lie. Luis GonzaJ.ez 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 lberoamericana Puebla

Primera Edicion junio 2006.

Copyright @ en tn3mite.

Derechos Reservados por:
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA PUEBLA.

Blvd. Del nino poblano 2901 Reserva territorial atlixcayotl, Puebla, Pue.

La pres~ntaci6n, ~ncuad~maci6n, dlseiio grafico y demas caracteristlcas tipograflcas de esta obra son propiedad de: PROVEEDORA DEL ABOGADO, S.A. DE C.V. 16 de Septiembre 4706 Loc. A Col. Las Palmas. Puebla. PUt!.

Impreso en Mexico.

Printed in Mexico.

JO

CONTRA TOS TELEMATICOS,

SU NATURALEZA JURIDICA

(En la Legislaci6n Mexicana)

I. ENTORNO TECNOLOGICO.

Jorge Luis Borges decia que" todas 1as teorias son 1egitimas y ninguna tiene importancia. Lo que importa es 10 que se hace con ellas."

E1 acelerado desarrollo de 1as tecno10gias ha introducido cambios en costumbres y habitos en e1 entorno privado y publico del hombre de fines del siglo XX. La economia, 1as re1aciones humanas, 1a cultura y la politica se yen tocadas por 1as denominadas nuevas tecno10gias de 1a informacion, e1 gran motor de cambio de nuestra sociedad. Marshall McLuhan sostenia que "todos 10s artefactos del hombre, e1 1enguaje, las leyes, 1as ideas, 1as herramientas, 1a ropa y 10s ordenadores son extensiones del cuerpo humano. Todo arte facto es un arquetipo y 1a nueva combinacion cultural de nuevos y viejos artefactos es e1 motor de todo invento y conduce ademas al amplio usa del invento, que se denomina innovacion"l. Un ejemp10, 1a clvilizacion Maya, inventaron e1 concepto del cero, hecho que seg(m 10s expertos precedio al descubrimiento equivalente hecho por 10s hindues, y tambien desarrollaron un calendario a base de agudas observaclones cientificas y calculos muy precisas. E1 cero maya, concepcion prehispanica insertada hoy en e1 cosmos digital.

Estamos en 1a tercera "01a" de Alvin Tofler, que corresponde al desarrollo de 1as tecno10gias de la informacion. La sociedad actual esta inmersa en esta tercera transicion. Las nuevas tecno10gias ponen a disposiclon de cualquier persona una cantidad de informacion incontab1e e inimaginab1e; 1a muestra es e1 Internet. Una red mundial de infinitas computadoras interconectadas entre si que permiten 1a comunicadon y e1 intercambio de informacion entre usuarios en 1ugares distintos.2 Los usuarios acuden directamente a 1as

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

2 EI caracter irreleyante del espacio fisico ha IIevado a acufiar el termino ciberespacio, creado por eI novelisla William Gibson, en un relato breye Hamado *Blirning Chrome,* posteriormente fue desarrollado en Ia novela *nellromancer* en 1984, y se refiere a una alucinacion mediante la cual se podia sentir como real un espacio que en realidad es generado por un ordenador y no tiene una correlacion con la realidad fisica, como 10 refiere Ignacio Garrote, vease nota 3.

fuentes de informacion y se convierten ellos mismos en pro ductores.3

La Socledad de la Informacion es una de las expresiones, acaso la mas promisoria 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 "cibemauta" de expresarse en libertad pero en soledad, el navegante feliz, pero socialmente cada vez mas aislad05 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*

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

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

~ 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, opportunitil, dernocracia e infonnazione ", *Internet e prilla c;y: qua/i regole?* citado por Lorenzetti R., op.cit. nota 5.

7 *netcitize1l.S*, tennino tornado de Branscomb, Anne, "Anatomy, autonomy and account ability: 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 tecnologias de la informaci6n. Preocupa, como ha quedado plante ado, ante la irrupci6n de la informatica en la sociedad y su influencia sobre las relaciones juridicas, la necesaria elaboraci6n de respuestas adecuadas desde el ambito del derecho a tal impacto.

El comercio realizado por medios electr6nico es ya una realidad. Lo que antes simplemente se imaginaba ya es cotidiano. Cuando la gente escucha el termino de comercio electr6nico en una primera instancia 10 asocia directamente a las ventas que realiza una empresa a traves de Internet, 10 cierto es que no estan tan lejos de la realidad ya que se refieren a un tipo especial de comercio electr6nico que es la venta electr6nica. Comercio electr6nico es un concepto amplio que involucra cualquier transacci6n comercial efectuada por medios electr6nicos, es decir que incluiria medios tales como el fax, el telex, el telefono, los ED! (electronic data interchange) e Internet. Sin embargo, limitaremos su alcance y consideraremos al comercio electr6nico como la parte del comercio que se desarrolla a traves de redes (cerradas y abiertas) mediante la relaci6n entre oferta y demanda, para 10 cual se utilizan herramientas electr6nicas y telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial por medio de la reducci6n de tiempos y de costos.

La Comisi6n Europea define al comercio electr6nico como cualquier actividad que involucre a empresas que interactU.an y hac en negocios por medios e1ectr6nicos, bien con clientes, bien entres ellas, 0 bien con la Administraci6n. Se incluye el pedido y pago electr6nico yon-line de bienes que se envian por correo u otro servicio de mensajeria, asi como el envio on-line de servicios como publicaciones, software e informaci6n. Asimismo, se incluyen actividades como diseiio e ingenieria cooperativa, Marketing, comercio compartido (Trade Sharing), subastas y servicios post-venta. Para la uruguaya Silvana Newman9 es:

9Newman Rodriguez Silvana, "Aproximaci6n a la formaci6n del contrato electr6nico en la Legislaci6n Espanola"
http: w\\'\\".ventanalel!al.com'rcvista \'entanalc2al aoroximacion.htm

Cualquier transaccion 0 *intercambio* de *informacion comercial basada en la transmision* de *datos sobre redes* de *comunicacion. En este sentido, el concepto* de *comercio electronico no solo incluye la compraventa electronica* de *bienes, informacion* 0 *servicios, sino tambien el uso* de *la Red para otras actividades como publicidad* 0 *busqueda* de *informacion, atencion al cliente, etc.*

El comercio electronico es atribucion de la contratacion electronica, 10 que nos remite a definir el acuerdo de voluntades en el ambito electronico con fines mercantiles. Creemos que es posible acercarnos y entender al contrato electronico con palabras nuevas simples y llanas respecto a las ya manejadas por la doctrina. El llegar a su conceptualizacion es el proposito.

II. PRINCIPIOS CONTRACTUALES.

La obligatoriedad de los contratos es un principio basico del derecho civil, desde el derecho romano se enuncia con la formula pacta sun servanda. Hans kelsen propone que la obligatoriedad del contrato deriva de la libertad del individuo para contratar, por 10 que al intervenir en la creacion de esta norma de conducta llamese contrato, funciona como un legislador de la suya propia, sin que Ie sea posible sustraerse unilateralmente a su observancia por un posterior cambio de voluntad: "La convencion que vale despues de la celebracion, es precisamente la norma 0 el orden convencional, ere ados por tal procedimiento, norma u orden a los cuales quedan sometidos los sujetos cuya conducta se encuentra reg1amentada en ese orden."10 En esta linea, concordamos con el maestro Recasens Siches para quien en "la obligatoriedad del contrato intervienen diversas valoraciones que se combinan entre S1, 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 punta de vista de la teoria pura del derecho,* Espana. Editora NacionaL 1974. *p. 113.*

11 Recasens Siches, Luis "El contrato. Su ubicacion en el derecho y su fuerza de obligar" *Revista de la esclIela nacional dejurisprodencia,* MexicoT.VIIL num. 29, pp. 93124.

tad dec1arada en la celebracion del acto juridico debe adquirir firmeza hasta su cumplimiento, no obstante que la voluntad psicologica haya cambiado."l1

En nuestro derecho positivo mexicano contrato es el acuerdo de dos 0 mas personas para crear 0 transmitir derechos y 0 bligaciones. EI Cod1go 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 to do acto juridico.

Este acto juridico tiene elementos de existencia 0 estructurales ademas de requisitos para surtir efectos juridicos. Los elementos de existencia para que nazca un contrato son el acuerdo de voluntades 0 consentimiento, el objeto, y en ciertos casas, la solemnidad.

EI consentimiento es el acuerdo de dos 0 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 0 mas vo1untades y que al unirse una recibe el nombre de propuesta, oferta 0 policitacion y 1a otra de aceptacion. Es decir e1 consenti miento esta compuesto de dos elementos: la propuesta y 1a aceptacion. E1 consentimiento puede ser expreso 0 tacito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito 0 por signos inequivocos. El tacito resultara de hechos 0 de actos que 10 presupongan 0 que autoricen a presumirlo, excepto en 10s caso en que por ley 0 por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente, Hans kelsen sostiene que todo hecho juridico de be ser susceptible de ser compro bado 10 que 0010 es po sible 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 Ia escrjtura, 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 civi/frances,* Cuba, Cultural 1940, pp. 9 y 10.

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 del Codigo 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 1a norma contractual resulta creada, aitn cuando 1a 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.

lSDefinici6n 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 contratacion actual esta en continua evoluci6n, hay relaciones por adici6n, de consumo entre particu1ares y /0 grandes industrias, por 10 que cual no es sensato mantenerse en la simplicidad, porque elio conduce a la esterilidad e ineficacia de las herramientas juridicas, hay que aceptar la diversificaci6n generando respuestas diferenciadas,16 adap tar el derecho alas necesidades sociales, la pluralidad es una caracteristica de la posmodernidad. 17

La incorporaci6n de las nuevas tecnologias de la informacion a la sociedad y por tanto en el mundo contractual del derecho, tienen indudablemente que modificar aspectos importantes como ellugar del perfeccionamiento del contrato, el tipo, inc1uso el propio contenido del contrato sobre el que recaera el acuerdo, *alma mater* del mismo, como 10 argumentan los espaiioles Carrascosa, Pozo y Rodriguez en su esplendida obra de la contrataci6n informatiCa.18 De igual forma, Barriuso RuizI9 afirma que la contrataci6n electr6nica 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 0 anal6gica, que demanda una regulaci6n especmca.

Un rasgo del tema que no es prudente soslayar, es el punto de la deshumanizaci6n del contrato que describe Lorenzetti,20 ya no hay un consenso basado en la yuxtaposici6n de voluntades, sino en aetos unilaterales de autonomia que se exponen sin mezclarse, donde coneurren intereses al utilizar lenguajes distintos, hay acuerdo pero no contrato,21 se saca ventaja de la tecnologia al obtener un costa bajo en la transaccion.

160p. Cit. Nota 5, p. 169.

17 *Idem.*

18 Carrascosa Lopez, Valentin, *et al.,* La *contrataci6n informatica: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electronicos* e *informaticos,* Granada, Comares, 1999.

19 Barriuso Ruiz, Carlos, *La contrataci6n electr6nica,* Madrid, Dykinson, 1998, p. 95. 20 Vease la Hamada deshumanizaci6n del contrato. *op.cit.,* nota 4 p. 167.

21 Natalino. Irti. "Scambio senza accordo", citado por Lorenzctt~ R. *op. cU.* Nota 5.

Aceptar el contrato electronico dentro del marco juridico vigente no es dificil, toda la teoria general del contrato ha sido construida siguiendo los principios de la teoria liberal que tiene como fin Ultimo la libertad, y su manifestacion juridica en el denominado principio de autonomia de la voluntad y consecuentemente en la libertad de forma del acto juridico.

III. CONTRATACION TELEMATICA

Hasta hoy 1as principales aproximaciones conceptuales y doctrinales para explicar 1a contratacion electronic a han sido provenientes del derecho infon:na.tico, e1 cual, si bien fue en un inicio el Unico vehiculo viable para estudiar este acto juridico, no 10 es mas, pues su objeto preponderante de estudio son 10s bienes y seIVicios informaticos, esto es, su materia son 10s contratos en que 1a prestacion consista en un bien informatico, y por tradicion 0 inercia se quiere mantener dentro de su objeto de estudio.

En e1 glosario que incluye al final de su libro, el Dr. Julio Tellez Valdes define la informatica de la siguiente manera: "Ciencia del tratamiento racional, particularmente por maquinas automatic as, de 1a informacion considerada como el soporte de conocimientos humanos y de comunicaciones en los aspectos tecnico, economico y social. Conjunto de disciplinas cientificas y de tecnicas especificamente aplicables al tratamiento de datos efectuado por medios automaticos. "22

Podemos decir, en pocas palabras, que la informatica es el corijunto de tecnicas que nos posibilitan 1a manipulacion rapida (automatica) de informacion; lisa y llanamente eso es 1a informatica.

Respecto del derecho informatico Daniel Ricardo Altmark, nos explica que "es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones juridicas emergentes de la actividad informatica. "23 Asi, se propone como derecho

22 Tellez Valdes, Julio, *Derecho informatico,* 3". Ed., Mexico, Mc Graw-HiIL 2004, p. 440.
23 Altmark, Daniel Ricardo, "La etapa precontractual en los contratos informaticos", en *Informatica y derecho: aportes de doctrina internacional,* Buenos Aires: De Palma, 1987, voJ. 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 umcamente 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 0 ser vicio informatico -0 ambos- 0 que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien 0 servicio informatic024, 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 0 puede tener una incidencia real y directa sobre la formacion de la voluntad 0 el desarrollo de la interpretacion futura,26 por 10 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 trans ferir la propiedad, el uso y /0 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 10 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 contrata cion electronica. Revista Alfa-redi. http:!/www.alfa-redi.comirdi-articulo.shtrnl?x=422

28 Mantilla Sanchez, Catherine Ivette, "Contratos Informaticos" VIII Congreso Iberoa mericano de Derecho e Informatica, Lima, 2000 http://comunidad.derecho.om; congreso DOnencia8.html

e1ectr6nico, haciendo complicado diferenciar los terminos de contrataci6n informatica y electr6nica.

En la aproximaci6n de la definicion de nuestro tema de estudio coincidimos con laB ideas de los destaeados autores espaiioles, Miguel Asensio, Moreno Navarrete, Barriuso Ruiz, y el chileno Pinochet Olave, que yen en la voluntad expresada por medios electr6nicos, el nacimiento del llamado contrato electr6nico. Este es el genero y el contra to informatico la especie que tiene por objeto particular la intermediaci6n de bienes y servicios informaticos. A pesar de existir otra posici6n dogmatica en Davara Rodriguez como ya se vio, y en Ricardo Lorenzetti, quien sostiene que el contrato telematico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo 0 ejecutarlo, sea en una 0 en !as tres eta pas en forma total 0 parcial.29 El medio incide en la etapa de formaci6n y transmisi6n de la voluntad contractual y en el modo de eelebraci6n.3o

Las expresiones eontratos electr6nico 0 telematicos son sin6nimos por referir a la aplicaci6n de las tecnologias de las telecomunicaciones y la informatica en el ambito contractual.

IV. RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS TELEMATICOS.

No obstante que la doctrina actual reconoce una forma electr6nica de eonsentir mas que un contrato electr6nico con naturaleza pro pia que justifique su denominaci6n, nuestro mareo legal vigente admite 10 eontrario. Da validez a los aeuerdos pactados en ese medio, asi como otorga plena prueba a los doeumentos distintos en soporte de papel. Los c6digos Civil Federal y el de Comercio, en sus artieulos 1811 y 89 bis, respeetivamente determinan:

Articulo 1811.- La propuesta y aceptaci6n hechas por telegrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad

29 . *op. cil.* nota ;), p. 173

30 En el ambito de la Ieona General del Contrato, el acuerdo contractual atra\'iesa tres etapas: la generaci6n, la perfecci6n y la consumaci6n, "ease Castan l. Jose, *Derecho Civi/Espmiol. ComunyForaI,* Madrid, lomo III. 10.. ed., Madrid, 1967, p. 463.

habian estipulado por escrito esta manera de contra tar , y si
los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos. Tratandose de la propuesta y aceptaci6n hechas a traves de medios electr6nicos, 6pticos 0 de cualquier otra tecnologia no se requerira. de estipulaci6n previa entre los contratantes para que produzca efectos. Y,

> ***Articulo* 89 *Bis.-*** *No* se *negaran efectos juridicos validez* 0 *fuerza obligatoria a cualquier tipo* de *informacion por la sola razon* de *que* este *contenida en un mensaje* de *datos.*

Podemos apreciar que se ha incorporado el principio de no discriminaci6n y de equivalencia funcional.31 La equivalencia funcional, en palabras c1aras de Mariliana Rico Carri110:32

> *"se refiere* a *que el contenido de un documento electronico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la Juncion juridica que cumple la instrumentacion mediante soportes documentales en papel y firma autografa respecto de todo acto juridico, Ia cum pIa igualmente Ia instrumentacion electronica* a *traves de un mensaje de datos. La equivalencia Juncional implica aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminacion respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de Ia forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, Ios efectos juridicos deseados por el emisor de la de claracion deben producirse con independencia del soporte en papel* 0 *electronico donde conste la dedaracion.* »

31 En el documento de exposicion de motivos del Decreto de reforma del comercio electronico en Mexico se indica que:". ..En terminos generales la legislacion actual no reconoce eJ usa de los medios electronicos de manera universal, y en caso de un litigio el juez 0 tribunal tendran que allegarse de medios de prueba indirectos para determinar que una operaci6n realizada por medios electronicos es 0 no valida. Esta situacion ha originado que empresas fi'enen sus inversiones orientadas a realizar transacciones por medios electr6nicos, debido a la incertidumbre legal en caso de controversias." "..£s necesario dar valor probatorio al usa de medios electronicos 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 regulacion expresa."

32 *Gp. cit.,* nota 26.

AI instrumentar las operaciones comerciales por estos medios, el concepto inicial de comercio electr6nico se amplia a todas las manifestaciones del mercado, porque las nuevas operaciones virtualmente instantaneas pueden minimizar los costos de comercializaci6n. Las diversas formas de manifestaci6n del consentimiento que previene el nuevo capitulo relativo al comercio electr6nico del C6digo de Comercio,33 asi como los contratos de adhesion que se regulan y su reconocimiento como medios y cargas de prueba en juicio, y la au
tenticidad de su celebraci6n mediante su certificaci6n por un tercero ajeno a la operaci6n comercial, tienen como principal objetivo proteger al usuario informatico, en su doble faceta, como receptor-emisor de mensajes electr6nicos, que
aceleran la celebraci6n y cumplimiento de operaciones comerciales, con 10 cuallas operaciones realizadas entre ausentes adquieren una nueva dimension al aprovechar los avances tecno16gicos.

Sostenemos que el contrato telematico 0 electr6nico no se limita al objeto de un bien 0 servicio informatico, es mas que
eso, es aquel contenido en soporte electr6nico y perfeccionado tambien digitalmente. La particularidad distintiva de los contratos conc1uidos por medios electr6nicos 0 telematicos, a traves del envio de mensajes reciprocos entre las partes, se encuentra precisamente en el vehiculo utilizado para la emisi6n de las correspondientes dec1araciones de voluntad, circunstancia de la que derivan los condicionamientos para su admisi6n y las peculiaridades de su regimen.

En este sentido, coincidimos con Pinochet Olave34 que el contrato electr6nico es el contrato escrito contenido en so

&

33 Los moth'os que dan origen a la lniciativa de reforma para regular satisfactoriamente
eI comercio electronico. son: "Los importantes avances en la electronica, que han transformado la manera en quc [as sociedades trabajan, aprenden y se comunican entre si. La creciente evidencia internacional de como las tecnologias de la conformacion contribuyen a mejorar)a productividad de las empresas. EI comercio electronico es un elemento que permitini al sector productivo nacional aprovechar la revoluci6n informatica, pues representa una poderosa estrategia para impulsar la competitividad y la eficiencia de las empresas mexicanas de todos tamaiios."

34 Pinochet OIave, Ruperto, *Contratos electronicos y defensa del consumidor*, Barcelo
na, 2001, p. 44.

porte electronico y firmado digitalmente por las partes. Su forma electronica no es requisito *sine qua non* para existir, pues elevariamos el soporte material a elemento de existencia, olvidandonos del consentimiento expresado en ese medio que es la caracteristica determinante de su clasificacion.

Su c1asificaci6n dentro de los contratos :

Es un contrato sinalagmatico, produce obligaciones para ambas partes; oneroso, crea ventajas y cargas reciprocas; conmutativo, desde que se celebra las prestaciones que se deben los contratantes son ciertas; innominado, no se en cuentra regulado en la legislaci6n formal, se requiere de la formalidad de bacerlo constar por "escrito" digitalmente.

En relacion con otros contratos: es simple, produce las obligaciones tipicas del mismo contrato; principal, existe por si mismo, tiene autonomia juridica; definitivo, termina al cumplirse la finalidad que persiguen las partes.

En virtud de que la naturaleza del contrato electr6nico se encuentra en la expresi6n de la voluntad (consentimiento) en ese medio inmaterial, la doctrina argumenta que mas que contratos electr6nicos existen contratos electr6nicamente consentidos,35 contratos en que la voluntad se expresa electr6nicamente, por 10 que la diferencia de un contrato tradicional de un contrato electr6nico es tan solo la formaci6n del mismo, la forma de prestaci6n del consentimiento La cierto es que, si solo la oferta es electr6nica, el contrato no 10 sera, ya que para considerarse electr6nico debe celebrarse 0 perfeccionarse de ese modo,36 tal y como 10 precepma nuestro C6digo comercial:

> ***Articulo 80.-*** *Los convenios y contratos mercantiles que* se *celebren por correspondencia, telegrafo,* 0 *mediante el uso* de *medios electr6nicos, 6pticos* 0 de *cualquier otra tecnologia, quedaran perfeccionados desde que* se *reciba la*

35 Moreno Navarrete, Miguel Angel, *Con/ralos e/ectronicos.* Madrid, Marcial Pons, 1999,p.35.

36 Ibidem. p. 46

aceptaci6n de *la propuesta* 0 *Las condiciones con que esta fuere modificada.*

Actualmente estos preceptos regulan el comercio por Internet, al establecer el momenta en que se procuren las consecuencias juridic as en la celebraci6n de los actos de comercio por medios electr6nicos. La ley modelo sobre comercio electr6nico preparada por la Comisi6n de las N aciones Unidas para el Derecho Mercantil lnternacional (UNCITRAL) fue para nuestros legisladores la guia para ajustar al C6digo de Comercio en el tema del comercio electr6nico.

La declaraci6n de la voluntad en los contratos electr6nicos se ha puesto a debate en virtud de que se alega que puede ser emitida con independencias de las partes al poder la maquina computadora hacerlo en lugar del hombre; disentimos de esa idea, aunque la maquina pueda estar programada para actuar por si misma, no es un sujeto independiente, asi 10 explica Moreno Navarrete, "si afirmamos que existe un consentimiento electr6nico, estariamos diciendo que existe una voluntad electr6nica 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 linico capaz de crear, miremos al derecho moral de autor.

Todo contrato tiene una forma, asi sea la sencilla afirmaci6n, consistente en un movimiento de cabeza para aceptar una proposici6n 0 el escrito conteniendo las clausulas. La forma, en Ihering, representa el transito de la intimidad subjetiva a la exteriorizaci6n objetiva, a su vez Diez-Picazo sefta-la: "El concepto de forma hace referenda a un medio concreto que el ordenamiento juridico exige para la exteriorizaci6n 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 tflcita cuando se ejecutan hechos que demuestran que se han celebrado.

37 Ibidem p. 35

38 Diez-Picazo Luis, *et at., Sistema de derecho ci .....il.* \'01. I Madrid, Tecnos, 1978, p. 580

La regIa en el derecho mexicano es el consensualismo ya que para la legitimaci6n del contra to no se requieren formalidades deterrninadas, la excepci6n es la formalidad. De acuerdo a nuestro C6digo 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 comercia! dependa de la observancia de formalidades 0 requisitos determinados. Un aspecto notorio en el C6digo comercia! es que no hay confiicto en llevar la formalidad a! ambito electr6nico, vemos el articulo 93:

> ***Articulo* 93.-** *Cuando la ley exija la forma escnta para los aetos, convenios* 0 *contratos, este supuesto* se *tendra por cumplido trattmdo*se de *Mensaje* de *Datos, siempre que la informacion en el contenida* se *mantenga integra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que* se *encuentre* 0 *represente.*
>
> *Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito* se *tendra por* cum*plido tratandose* de *Mensaje* de *Datos, siempre que este sea atribuible* a *dichas partes.*
>
> *En los casos en que la ley establezca como requisito que un aeto juridico deba otorgarse en instrumento ante fedatario publico, este y las partes obligadas podran}* a *traves* de *Mensajes* de *Datos, expresar los terminos exaetos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario publico deberd haeer constar en el propio instrumento los elementos* a *traves de los cuales* se *atribuyen dichos mensajes* a *las partes y conservar bajo su resguardo una version integra* de *los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento* de *conformidad con la legislacion aplicable que 10 rige.*

Se puede afirmar que hay unanimidad en reconocer como regIa general que los contratos obligan a su cumplimiento a quienes 10 concertaron, desde el articulo 1134 del Codigo de Napoleon se ha precisado que los convenios legalmente firmados equivalen a ley para aquellos que los han celebrado. Nuestro Codigo Civil vigente reproduce esta idea en los articulos 1792 Y 1796.

El articulo 1796, luego de establecer la obligacion de las partes respecto al contrato agrega que deberan cumplirse las consecuencias que segful su naturaleza, son conforme a la buena fe, a1 usa 0 a la ley. El Legislador determino 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 determinacion esta no existira.; las otras obligaciones son tacitas, es decir sobreentendidas pero igualmente obligatorias, las partes las
callan basicamente porque esta demas expresarlas ya que de todos modos deberan acatarlas, son propias de la naturaleza del contrato celebrado, y quedan comprendidas en los funbitos de la buena fe, del uso 0 de la ley.

De conformidad a nuestro marco juridico consideramos que es irrelevante que las partes esten presentes 0 ausentes, ni siendo este el caso, que sostengan una comunicacion instantanea, el articulo 1811 del Codigo Civil Federal, ya citado, da respuesta a las inquietudes que los estudiosos plantean del tema de la contratacion entre ausentes, al sancionar en su parte ultima: "Tratandose de la propuesta y aceptacion hechas a traves de medios electronicos, opticos 0 de cualquier otra tecnologia no se requerira de estipulacion previa entre los contratantes para que produzca efectos." Omite la presencia fisica 0 comunicacion simultanea de las partes, donde la ley no distingue no cabe distinguir.

V. AMBITO INTERNACIONAL.

Un contrato celebrado en Mexico podra ser regido cuanto a su formacion por la ley mexicana *lex loci contractus,* y eventualmente por la ley extranjera por 10 que se refiere a

los efectos juridicos que deban surtir efecto en el extranjero (art. 13 del C6digo Civil a *contrario sensu).* En el caso inverso, si se trata de un contrato celebrado en el extranjero podra ser regido en cuanto a su formaci6n por la ley extranjera y tendra efectos juridicos en Mexico, si esta conforme alas
disposiciones del articulo 6 del C6digo Civil (la libertad de
determinar las condiciones a que se sujetara el contra to sin mas limite que el del orden publico). La ley aplicable a la formaci6n de un contrato entre ausentes variara segUn se trate de un acto juridico, efectuado en Mexico 0 en el extran
jero. Si la oferta 0 policitaci6n es emitida en Mexico, de
acuerdo al sistema de la "recepci6n" reconocido por el C6digo Civil vigente (art. 1807) la ley aplicable a la formaci6n del contrato sera la ley mexicana. Si por el contrario, la oferta 0 policitaci6n es efectuada en el extranjero, variara de acuerdo a la ley del oferente, quedando en este caso, la calificaci6n a cargo de la ley extranjera aplicable.

Respecto de la ejecuci6n 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 caracter intemacional (contratos tipo, condiciones generales, regias para la interpretaci6n de terminos comerciales internacionales, etc.). Nosotros pensamos que si. La costumbre y los usos son fuente del derecho mercantil positivo mexicano (arts. 280, 590, 726, 731, 854, 896, 1132 del C6digo de Comercio entre otros). Opini6n que se encuentra avalada por la doctrina; Joaquin Rodriguez y Rodriguez, mexicano estudioso del derecho mercantil, afirma que "la aplicaci6n de la costumbre... mientras no sea contra ley, no contradice el texto expreso del articulo 10 del C6digo Civil, ni disposici6n constitucional alguna" . [39]

Si las partes no hubieran elegido explicitamente la ley aplicable, el contrato se regira por la ley del pais con el que presente los vinculos mas estrechos segUn el Principio de

39 Rodriguez y Rodriguez, J., *Oerecho Marcanti!,* Mexico, Mexico, Ed. Porrlia, 1974. T. I p. 21.

Proximidad (lugar de la residencia habitual 0 de 1a administracion central del prestador de servicios, lugar del establecimiento principal 0 del establecimiento que realiza la prestacion) .

Dos referencias internacionales pueden ayudar en la complicada aplicacion de la legislacion aplicable en la contratacion internacional: el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sabre 1a ley aplicab1e alas obligaciones contractuales, suscritos por los paises del ambito de la Union Europea. El Convenio de Roma establece cual es la ley aplicable, en las relaciones contractuales en litigo cuando este se presen te ante los tribW1ales de cualquiera de 10s estados miembros de la Union Europea, con independencia del domicilio 0 nacionalidad de las partes. El Convenio tiene caracter de norma obligatoria, exc1uye 1a posibilidad de acuerdo entre las partes sobre la aplicabilidad 0 no del Convenio en si, y de conflicto, viniendo a sustituir a 1as previamente existentes en los Estados miembros. E1 Convenio establece para la determinacion de la ley aplicab1e e1 Principio de Autonomia de las partes. Las partes podran elegir libremente la ley aplicable a1 contrato electronico, sin que necesariamente tenga que existir ningiin tipa de vinculacion entre el ordenamiento seleccionado por las partes y el contrato. El hecho de que 1as partes acuerden por escrito la ley rectora del acto juridico evita la incertidumbre sobre la ley aplicable a los contratos electronicos y favorece la eleccion de la norma que mas se adapte a las transacciones de este tipa en Internet. Cuando las partes no han hecho uso de su libertad para establecer la ley aplicable el Convenio de Roma se inclina par el Principio de Proximidad, seg(:m el cual el contrato se va a regir por la ley del estado con el que presenten los vinculos mas estrechos, y la Directiva 200/31/CE del Parlamento Europeoy del Consejo, de 8 de junio de 2000,40 relativa a determinados aspectos juridicos de los servicios de la sociedad de la infor

40 EI apartado I del art. 9 consagra los principios de la contratacion electronica, entre los cuales el principal se traduce en la obligacion impuesta a los Estados comunitarios en el sentido de que su respecth'as legislaciones permitan y garanticen la celebracion de contratos por medios electronicos, con igual valor y eficacia que la reservada para los contratos perfeccionados a traves de Ias forroas tradicionales.

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

BIBLIOGRAFfA

ALTMARK, Daniel Ricardo. "La etapa precontractual en los contratos informaticos", en *Inform6:tica y dereclw: aportes* de *doctri.na. in!ernacional,* vol. I Buenos Aires: Desalma, 1987.

AzDA REYES, Sergio. *Teoria General* de *las Obligaciones,* Mexi co, Editorial Pomia Hnos., 1993.

BARRIUSO RUtZ, Carlos. *La con1ratacion electronica, Madrid,* Dikynson,1998.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado* de *Dereclw Indus trial, Propiedad Intelectual,* Madrid, 1978.

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

CARRASCOSA, Valentin, POZO, Ma. A. y RODRIGUEZ, E. P. *La Con1ratacion Inform6:tica; el nuevo lwrizon!e contractual; los con!ratos electr6nicos* e *inform6:ticos,* 2a Edic. Granada, Comares, 1999.

DA V ARA RODRIGUEZ, Miguel Angel, *Manual* de *Dereclw Infor matico,* Barcelona, Aranzi, 1997.

DE MIGUEL ASENCIO, Pedro A., *Dereclw Privado en Internet,* Madrid, Civitas, 2000.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamen10s* de *Dereclw Civil Patrimonial. Introducci6n teoria de Ios contratos,* Vol. I sa Edic. Madrid, Civitas, ~ 1996.

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

GUTIERREZ Y GONzALES, Ernesto. *Dereclw* de *las Obligacio nes,* Mexico, Porrua, 1995.

LORENZETTI 1., Ricardo. *Comercio electr6nico,* Argentina, Abele do-Perrot, 2001.

MANTILLA SANCHEZ, Catherine Ivette. *"Con!ratos Informaticos"* VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informatica, Lima, 2000. http://comunidad.derecho.orgf congreso/ponencia8.html

McLUHAN M. 1. Y B. R. Powers (1993) la Aldea Global, 28 ed. Barcelona, Gedisa 2003.

MORENO NAVARRETE, Miguel Angel. *Con1ro.tos Electr6nicos,* Madrid, Marcial Pons, 1999.

PINOCHET OLA VE, Ruperto. *Conftatos electr6nicos y defensa del eonsumidor,* Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 2001.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, George. Tra1a.do *Pra.ctico* de *Dere elw Civil Prances,* Cuba, Cultural, 1940.

RECASENS SICHES, Luis. *"El contrato. Su ubieaci6n en el dereelw y sufuerza* de *obligar"* Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Mexico, T. VII, nfun. 29.

RICO CARRILLO, Mariliana. *"Validez y regulaci6n legal del documento y la contrataci6n electr6nica"* Revista alfa-redi *http://* www.alfa-redi.com/rdiarticulo.shtml?=422

RODRIGUES Y RODRIGUEZ J., *Dereelw Mercantil,* Mexico, Porma, 1974.

TELLEZ VALDES, Julio. *Dereelw Informatico,* 38 Ed., Mexico, Mc Graw-Hill, 2004.

Esta obra se termin6 de irnprimir 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 reposici6n

EI presente numero de la Serie Estudios Juridicos titulado "Contratos Telematicos", continua con la caracteristica de esta serie, constituida por colaboraciones de especialistas juridicos que abordan temas fundamentales de actualidad derivados de las transformaciones del derecho.

Alejandro LoredoAlvarez, abogado porellnstituto Tecnologico Autonomo de Mexico (IT AM) Especializado en Materia de Propiedad Intelectual, Organizacion Mundial de la Propiedad intelectual (OM PI) Ginebra Suiza, diplomado en inversion extranjera y derecho empresarial miembro del Instituto Mexicano de Derechos de AutorA.C. Catedratico de diversas universidades en el pais, abogado de la firma "Loredo Hill abogados" asesor juridico de la Sociedad de Autores y Compositores de musica S. de A. de loP. Arti culos publicados en diversas revistasjuridicas nacionales, extranjeras y en la revista de derecho informaticodela RepublicadeArgentina.

UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA
PUEBLA