

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

**CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LA
FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.**

MARIAFERNANDA MANRESA CARVACHO.

Prof. Guía: Jorge Espinosa Sáez.

Índice

Portada	1
Índice	2
Introducción	4
I. La Voluntad y la Contratación electrónica	6
1.- Palabras Sobre la Importancia de la Voluntad en la Generación y Configuración de los Actos Jurídicos	6
1.a. La Voluntad	6
1.b. La Formación del Consentimiento	7
1.c. Vicios de la Voluntad	8
1.d. La Capacidad y la Voluntad	11
1.e. Las Formalidades que Debe Revestir una Manifestación de voluntad	12
2.- Restricciones a la Autonomía de la Voluntad y la Contractual	13
3.- Concepto y Generalidades Acerca de la Contratación Electrónica	17
4.- Base Tecnológica de la Contratación Electrónica	20
5.- Tipos de Contratación Electrónica	21
6.- El Comercio Electrónico: ¿Por qué Regular?	23
7.- La Autonomía de la Voluntad y la Libertad Contractual en la Contratación Electrónica. Aspectos Generales	24
II. Contratación Electrónica y Consentimiento	26
1.- Elemento Volitivo y la Contratación Electrónica	26
1.1. Autonomía de la Voluntad y Libertad Contractual	26

1.2. Fuerza de la Voluntad en la Contratación Electrónica	26
1.3. Validez de los Actos Jurídicos y la Contratación Electrónica	29
2.- Las Formalidades en la Contratación Electrónica. Referencia Especial al Documento y Firma Electrónica	34
2.1. Formalidades y el Medio Electrónico	34
2.2. El Documento Electrónico	35
2.3. Las Amenazas en las Redes	38
2.4. La Firma Electrónica	
3.- La Formación del Consentimiento y la Contratación Electrónica	41
4.- Restricciones a la Autonomía de la Voluntad en la Contratación Electrónica	53
5.- Derecho de Protección al Consumidor y Contratación Electrónica	58
III. Regulación de Internet como Medio para la Formación de Contratos	70
1.- Evolución de la Regulación sobre Internet	70
2.- Avances en la Regulación	74
2.1. El Documento y la Firma Electrónica	74
2.2. Internet y los Derechos Fundamentales	75
2.3. Derecho de los Consumidores y Regulación de Internet	79
IV. Conclusiones	81
V. Glosario	85
VI. Bibliografía	86

Introducción

La aplicación de la tecnología a las relaciones entre las personas, ha hecho surgir una nueva realidad. Resulta interesante analizar, cómo y qué derecho le resulta aplicable a esta nueva realidad, esto es, la virtual.

Dentro del nuevo fenómeno que se observa, tenemos una forma novedosa de generar acuerdos, fuentes de obligaciones jurídicas; la contratación electrónica.

Es evidente que al hablar de contratación electrónica, no nos referimos a un fenómeno que desconozca los principios fundamentales inspiradores del derecho de los contratos. Sabido es que el comercio como la contratación tiene una data de siglos. En la contratación electrónica, lo nuevo viene dado por los medios de celebración de los acuerdos ya que los contratos se generan y/o ejecutan por medios electrónicos y, particularmente, a través de redes de comunicación como Internet. Esta forma de ver el fenómeno, ha sido fruto de la discusión de los autores durante algunos años, quienes llegaron a la conclusión de adoptar una posición ecléctica, a aquellos que sostienen que el comercio y la contratación electrónica es un fenómeno fundamentalmente nuevo, que necesita por ende una regulación especial; y los que piensan que todas las aristas que presenta, son solucionables mediante la aplicación de las normas tradicionales.

No es nuestro interés desarrollar un análisis exhaustivo y pormenorizado de todas cuestiones que marcan el perfil diferenciador de este tipo de contratación, pero sí nos resulta de interés estudiar el efecto del empleo de las nuevas tecnologías, como medio para manifestar voluntad y formar contratos. Las partes, en busca de concluir un contrato, pueden manifestar su voluntad a través de correos electrónicos, pasando los mensajes a ser comunicados mediante el empleo de sistemas telemáticos conectados por medio de redes de telecomunicaciones; la tecnología permite que el contenido del contrato pueda plasmarse íntegramente en la pantalla del computador, facilitándose su conservación y custodia. Se deja de lado el papel como soporte de documentos y contratos.

Cabe afirmar entonces que Internet, aunque no es el único medio, ha dado el sustento para la generación de un nuevo tipo de contratación particular.

Pues bien, esta nueva contratación electrónica, presenta una serie de rasgos que suelen complicar a las normas tradicionales que han regulado tradicionalmente los acuerdos de voluntad, sin perjuicio de la posición que adoptemos al respecto. Nuestra finalidad es analizar la actualidad del principio de la autonomía de la voluntad, a propósito de la contratación electrónica; la vulnerabilidad de los contratos ante estas nuevas técnicas, en sus aspectos constitutivos y de validez, estudiar las nuevas normativas en la materia, sobre todo en lo relativo a la protección del consumidor y la regulación de Internet, como instrumento de la Contratación.

I. La Voluntad y la Contratación Electrónica.

1.- Palabras sobre la importancia de la voluntad en la generación y configuración de los actos jurídicos.

Antes de entrar en el análisis de la nueva realidad que se nos presenta en materia contractual, resulta útil tener a la vista la normativa jurídica de lo que es el punto central de este trabajo, esto es, la voluntad en la formación de los actos jurídicos. Naturalmente, haremos una exposición breve para presentar aquellas materias que nos han de ser útiles para efectuar un posterior trabajo comparativo con la realidad que nos entrega el mundo virtual.

1.a. La Voluntad. El elemento voluntarista tiene una importancia descollante a propósito de la existencia y validez de los actos jurídicos. Para que un acto jurídico sea hábil para surgir al menos a la vida, es necesario que concurren ciertos requisitos dentro de los cuales encontramos a la voluntad. A su turno, para que este acto surja válido, es necesario que concurren otros requisitos, dentro de los cuales encontramos la voluntad exenta de vicios.

Para estos efectos, entendemos que la voluntad "es la potencia del alma que mueve a hacer o no hacer alguna cosa"¹, sea que se trate de la formación de actos jurídicos unilaterales o de los bilaterales o convenciones. Esta voluntad para que sea idónea para

¹ Ducci, Carlos. Teoría de los Actos Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 1984. Pág 227.

generar efectos jurídicos debe, entre otras cosas, reunir los caracteres de seriedad y exteriorización. Esta voluntad debe además recaer sobre un objeto y ha de tener una causa.

1.b. La Formación del Consentimiento. El proceso de formación del consentimiento comienza con la oferta, entendida como la proposición de celebrar un contrato en condiciones determinadas. Esta oferta debe ser completa, pudiendo ser verbal o escrita, según lo establece el art. 97 y 98 de nuestro Código de Comercio. Puede ser dirigida a personas determinadas o indeterminadas (art. 105 Código de Comercio.) En las ofertas a personas indeterminadas tenemos aquellas que no permiten negociar el contenido del contrato, de modo que el receptor de la oferta debe aceptar el contenido sin posibilidad de discusión, como en la suscripción de acciones y en los contratos de seguro, donde el elemento voluntarista se ve disminuido. Estos contratos se denominan de adhesión por presentar las características antes mencionadas. Aceptada la oferta, se forma el consentimiento.

El oferente podrá revocar su oferta en el tiempo que media entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un plazo determinado (art. 99 del Código de Comercio). Esta revocación debe ser expresa. A su vez, la oferta puede caducar por muerte, quiebra o incapacidad sobreviviente, según el art. 101 de Código señalado y art. 64 de la Ley de Quiebra.

La oferta se encontrará vigente en el plazo señalado por el proponente. Si nada se ha dicho y si es verbal, la oferta dura hasta que es conocida por el receptor, y si es escrita, dura 24 horas si la persona a quien se dirige vive en el mismo lugar del proponente, o hasta la vuelta de correo, si estuviere en otro diverso.

Continuando con el proceso que describimos, debemos señalar que el consentimiento se forma con la aceptación o más bien con su manifestación, entendida como "la conformidad con la oferta por parte de la persona a quien va dirigida"². Puede ser expresa o tácita.

Por otro lado, en cuanto a la oportunidad de la aceptación, si esta ha sido extemporánea, obliga al proponente a comunicar oportunamente su retractación bajo responsabilidad de responder de los perjuicios (art. 98 inc. 3º de Código de Comercio).

La aceptación si es dada en forma pura y simple, y en forma oportuna, formará el consentimiento. Tratándose de ofertas indeterminadas dirigidas a personas determinadas, puede haberse producido la aceptación, pero el perfeccionamiento del contrato queda sujeto a la condición de que los objetos ofrecidos no hayan sido enajenados, no se haya alterado su precio y que existan en el domicilio del proponente (art. 105 del Código citado).

Nos ha resultado pertinente referirnos a estas normas, que pertenecen hace siglos al derecho de los contratos, pues en la materia que nos ocupa, es decir en la contratación electrónica, han de sufrir algunas modificaciones que será necesario mencionar y analizar más adelante, para llegar a observar el verdadero alcance de estas alteraciones.

1.c. Vicios de la Voluntad. Dijimos que para que un acto jurídico pueda surgir válido a la vida jurídica, es preciso que cumpla ciertos requisitos, dentro de los cuales está la voluntad exenta de vicios. El art. 1451 del Código Civil señala que los vicios del

² Ducci Carlos, obra citada. Pág. 234.

consentimiento son el error, la fuerza y el dolo. Diremos algunas palabras acerca de estos defectos, para tener presente la estructura general de nuestra legislación al respecto, para luego examinar la realidad que se produce a propósito de la contratación electrónica, en el capítulo siguiente.

Primero que nada tenemos al error, que es el concepto equivocado de la realidad, que en este caso, lleva a celebrar u otorgar un acto jurídico. La clasificación más genérica que se puede hacer del error, es aquella que distingue entre error de hecho y el de derecho. En general podemos decir que el error de derecho no vicia el consentimiento, lo que es una consecuencia del art. 8º del Código Civil, en cuanto a que nadie puede alegar ignorancia de la ley después de que ésta haya entrado en vigencia.

El error de hecho puede ser clasificado en:

a. Esencial. Impide la formación del consentimiento según la teoría más aceptada, "se trata de casos en que en realidad no ha existido el acuerdo de voluntades".³ Serían el error que recae sobre la especie del acto o contrato y el que recae sobre la identidad específica de la cosa que se trata, todo esto según el art. 1453 del Código Civil.

b. El error sustancial. Recae en la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato (art. 1454 del Código de Bello.)

c. Error accidental. No vicia el consentimiento cuando el equívoco recae en cualidades accidentales de la cosa, a menos que

³ A. Alessandri – A. Vodanovic. Curso de Derecho Civil. Nacimiento, 1961. T.1., V.1, N°s 423 y 465.

hayan sido principal motivo para contratar, y este motivo haya sido conocido por la otra parte.

d. Error en la persona. No vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esa persona haya sido causa principal del contrato, según lo dispone el art. 1455 del Código Civil. Estos contratos anulables por estos motivos, son los denominados *intuito personae*.

e. El error común. En general debe ser padecido por la mayoría de las personas de una localidad o lugar.

En cuanto a la sanción del error, la doctrina no está conteste, pero definitivamente la sanción es algún grado de ineficacia, trátese de inexistencia, nulidad absoluta o relativa.

La fuerza es otro vicio del consentimiento. La fuerza "es el temor que experimenta una persona debido a una presión física o moral, y que la obliga a manifestar su voluntad en un sentido determinado"⁴. La fuerza, para que vicie la voluntad debe reunir tres condiciones: ser determinante en la celebración u otorgamiento del acto o contrato, ser injusta y ser grave. Su sanción es la genérica, nulidad relativa. Dado el objeto de nuestro trabajo no comentaremos más acerca de este vicio.

El dolo, se trata de la maquinación fraudulenta destinada para engañar al autor de un acto jurídico.

Para que el dolo vicie el consentimiento, debe provenir de la otra parte y cuando aparece claramente que sin él no se hubiese contratado, según el art. 1458 del Código Civil.

⁴ Ducci, Carlos. Obra citada. Pág. 253.

La sanción civil producida por el dolo que vicia el consentimiento es la nulidad relativa.

1.d. La Capacidad y la Voluntad. La capacidad es otro elemento necesario para que el acto jurídico exista o surja válido a la vida. Es una condicionante para que la voluntad manifestada pueda producir efectos válidos, y por ello la hemos incluido en este estudio. Igual que las materias anteriores, presentar esta cuestión jurídica, resulta de relevancia pues a la hora de analizar este elemento en la realidad virtual, nos percataremos que es una de las principales complejidades que hay que abordar a la hora de hablar de adoptar medidas de certeza, como la certificación de firmas electrónicas.

La capacidad es "la aptitud jurídica, el poder hacer algo en la vida del derecho"⁵. Según el art. 1445 del Código de Bello para que una persona se pueda obligar a otra mediante una declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz. La capacidad entonces, es la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el primer caso se llama capacidad de goce, y en el segundo, de ejercicio. La capacidad debe existir al momento de generarse el acto o contrato.

La incapacidad puede ser general, es decir afecta a la celebración de todo acto jurídico, pero también puede ser especial, que afecta la celebración de ciertos actos. La incapacidad general se clasifica en absoluta y relativa, como lo señala el art. 1447 del Código Civil. El inciso final de la mencionada disposición se refiere a la incapacidad particular, aunque más que una incapacidad es una prohibición legal.

⁵ Ducci, Carlos. Obra citada. Pág. 262.

La capacidad, como sugerimos, es un elemento importante a analizar tratándose de la contratación electrónica, por su modalidad de ajuste del acto de modo no presencial.

1.e. Las Formalidades que deben Revestir una Manifestación de Voluntad. Las formalidades son los elementos externos que deben rodear a un acto jurídico. Debemos señalar que la formalidad en los actos es la excepción, y el consensualismo o la no formalidad es la regla general. Es importante tener presente sus categorías, pues en el mundo virtual, habrá ciertas formalidades que pueden ser cumplidas y otras que no, y por otra parte, habrá ciertos actores que deberán cumplir algunas exteriorizaciones especiales.

Dentro de las formalidades podemos distinguir entre:

- a. Solemnidades. Se exigen para el valor de ciertos actos o contratos en atención a la naturaleza de los mismos. La omisión de este requisito formal, cuando legalmente debía haber concurrido, acarrea la nulidad absoluta.
- b. Formalidades habilitantes. Son los requisitos externos que la ley ha establecido para la protección de incapaces, o más bien de su patrimonio. Una vez cumplidas dichas formalidades, el incapaz queda "habilitado" para ejecutar el acto o celebrar el contrato validamente. Su omisión acarrea la nulidad relativa del acto a que se refiere.
- c. Formalidades probatorias. Son formalidades que la ley exige con un objetivo probatorio, de modo que si no se cumplen, el que ha celebrado el acto se verá privado de ejercitar un medio de prueba determinado. Este caso ocurre por ejemplo en los contratos que han debido constar por escrito, ya que si no se hace así no se podrá

probar por testigos, según los Art. 1708 y 1709 del Código Civil. Como se observará, la omisión de estas formalidades no afecta la validez de acto, sino que acarrea la sanción señalada. Lo comentado anteriormente es plenamente aplicable a la contratación electrónica.

- d. Formalidades por vías de publicidad. Son las que establece la ley para proteger los intereses de terceros ajenos al acto jurídico, de modo que si no son cumplidas, los efectos del acto no puede oponerse a terceros en cuyo beneficio se establecieron las formalidades.
- e. Formalidades consensuales. Son las que establecen las partes.

2.- Restricciones a la Autonomía de la Voluntad y la Libertad Contractual.

Ya sabemos que el elemento más importante en la formación de un acto jurídico es la manifestación de voluntad o formación del consentimiento y vimos la relevancia de que esta voluntad surja sana y no constreñida por factores distorcionantes.

Ahora veremos que existen ciertos límites a la libertad de la voluntad, o más bien, restricciones para su dueño, en lo que se refiere a la decisión de crear el acto, de configurar su contenido y de debatir libremente sus estipulaciones. Es importante referirnos a este tema, pues en la contratación electrónica, las restricciones a la voluntad son muy frecuentes.

En términos generales, la autonomía de la voluntad envuelve la idea de que “los individuos son libres para regular sus relaciones jurídicas sin la intervención del legislador, sin otra limitación que no pueden ir contra la ley imperativa o prohibitiva, el orden público y las buenas costumbres”⁶ En nuestra legislación hay una serie de disposiciones que se refieren a este principio, aunque no lo mencionan expresamente.

El principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, si hablamos de contratos, trasunta en la facultad que tienen las partes de crear tantos vínculos jurídicos entre ellas como estimen pertinentes, nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad, las partes pueden regular los efectos de los contratos, pueden modificarlos, y aún dejarlos sin efecto de común acuerdo, y las partes determinan el contenido del acto.

De lo dicho anteriormente, se puede sostener que la autonomía de la voluntad es “una doctrina de filosofía jurídica según el cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y obligaciones que el contrato produce”⁷.

Aunque la idea que entraña el principio es un ideal de igualdad y justicia, la verdad es que esta situación no deja de ser eso, un ideal, ya que en la práctica siempre va a existir una preponderancia del fuerte sobre el débil.

Al margen de lo anterior, las intervenciones estatales han limitado el principio que nos ocupa, sea por circunstancias históricas,

⁶ Abeliuk, René. Las Obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Edición Septiembre 1993. Pág. 98.

⁷ López Santamaría, Jorge. “Los Contratos. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición actualizada. Santiago, 1998. Pág. 233.

sea por la intención de proteger a quienes tienen menos posibilidades de defender sus derechos. El exceso de reglamentación ha limitado la autonomía de la voluntad, en el sentido que frecuentemente frustra o impide las negociaciones, disminuye la iniciativa de los actores jurídicos y frecuentemente no logra el objetivo perseguido, que es la protección del más débil.

La posición predominante de una de las partes, puede restringir radicalmente la autonomía de la voluntad de su contraparte. La doctrina distingue entonces entre los contratos de libre discusión y los de adhesión. Los contratos de libre discusión son la regla general en principio, ya que las partes son soberanas para decidir, en igualdad de condiciones, si desean contratar, el contenido del contrato, sus efectos, etc. Por su parte, en los contratos de adhesión ocurre todo lo contrario, es decir, una de las partes, que posee un poder económico más relevante que la otra, realiza una oferta con todos los elementos del contrato, sin dar posibilidad a la contraria de discutir sus términos o contenido. Un ejemplo paradigmático del tipo de contrato de que hablamos, es el de seguro, donde el posible asegurado sólo le queda aceptar las condiciones impuestas en la póliza, o simplemente no contrata el seguro. Algunos estiman que este tipo de actos, no son propiamente contratos, porque no hay propiamente un acuerdo de voluntades, sino más bien, la imposición de una sobre la otra. No obstante lo anterior, la verdad es que, el contratante más débil tiene aún la libertad de decidir si va a contratar o no, y además en muchos otros casos, o prácticamente en todos, la igualdad de partes es sólo un idilio, que se traduce en que una de ellas tratará de imponer sus condiciones a la otra, lo que no le resta al acto la naturaleza contractual.

Los contratos de adhesión, aunque reconocida su calidad de contrato, representa un severo riesgo para el principio de igualdad

entre las partes, que seguramente producirá un resultado injusto. Debido a lo anterior es que el Estado ha debido intervenir para restituir la igualdad entre las partes, y proteger al que se estima más débil.

Por su parte, en el contrato dirigido "el Estado interviene en los contratos en que existe desigualdad económica de las partes, fijando todas o algunas estipulaciones de los mismos"⁸. Un ejemplo de lo anterior es el contrato de suministro telefónico en que el reglamento respectivo obliga a tratar determinadas materias, e incluso, en ciertas ocasiones, se regulan cuestiones tarifarias.

El legislador frecuentemente ha intervenido en el contenido de los contratos "por razones de orden público económico (manipular o manejar la economía nacional), o de orden público social (proteger a los grupos sociales más débiles, como trabajadores, arrendatarios, consumidores)"⁹

Hasta el momento hemos visto algunos contratos en que la voluntad de uno de los contratantes se ve disminuida, más nunca llega a desaparecer, permaneciendo en él la facultad de determinar si establece una relación jurídica con otro individuo, y cuantas relaciones establece.

No obstante los ataques que hemos comentado y que ha sufrido la libertad de contratación, existe aún otras figuras en que difícilmente podría señalarse que existe una manifestación clara de voluntad de ambas partes, nos referimos a los contratos forzosos.

En el contrato de adhesión, al menos una de las partes tenía la posibilidad de decidir si contrataba o no. En los contratos

⁸ Abeliuk, René. Obra citada. Pág.79.

⁹ López Santamaría, Jorge. "Los Contratos. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición actualizada. Santiago, 1998. Pág. 263.

forzosos la vinculación jurídica esta impuesta por la autoridad, existiendo dos clases:

- a. El Ortodoxo. Se impone la celebración mas no el contenido, al menos no absolutamente.
- b. El Heterodoxo. Se impone todo, celebración y contenido.

De lo dicho, se puede decir que han aparecido nuevas formas de contrato, como los contratos tipos que surgieron por la demanda del mercado que precisaba de relaciones comerciales más fluidas; los contratos normados, que lo serán según los requerimientos de la política social o la economía, y los contratos forzosos.

Así las cosas, se puede decir que “la autonomía de la voluntad no rige completamente la formación de los contratos en el tiempo actual. Sin embargo, en muchos casos, aunque el contenido del contrato esté predefinido, continúa existiendo libertad de contratar o no en la mayoría de los casos”¹⁰

3.- Concepto y Generalidades Acerca de la Contratación Electrónica.

Antes de comenzar el desarrollo de esta parte, consideramos necesario hacer una consideración previa. No corresponde confundir entre contratación electrónica y contratos electrónicos. La contratación electrónica “consiste en la celebración de toda clase de contratos, cualquiera sea su nombre o su objeto, por

¹⁰ Silva B., Paula. Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. N°3, 2003. Pág. 117.

medios electrónicos”¹¹. Por su parte y llamando a confusión sus casi idénticos nombres, los contratos electrónicos, “son aquellos que tienen por objeto un bien o un servicio informático y pueden celebrarse por los medios tradicionales como mediante soporte electrónico”¹². La clasificación señalada no es ampliamente aceptada. Hay quienes prefieren hablar indistintamente de contratos celebrados por medios electrónicos y contratos electrónicos, para referirse a aquellos celebrados de ese modo; y de contratos informáticos cuando tiene un objeto de aquella naturaleza.

Al margen de lo dicho anteriormente, estamos en presencia de dos figuras totalmente distintas, por un lado tenemos a cualquier tipo de contrato, pero cuyo documento de respaldo no tiene presencia física como consecuencia de la desmaterialización que ha hecho la tecnología, y por el otro, un contrato que tiene por objeto un producto informático, cualquiera sea su medio de exteriorización.

Tampoco corresponde identificar estos conceptos con el de Comercio Electrónico, que es “una nueva forma de comercialización automatizada de bienes y servicios”¹³. En sentido amplio se puede decir que el comercio electrónico es “cualquier forma de transacción o intercambio de información basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet”¹⁴.

El ámbito del comercio electrónico y la contratación electrónica se ha expandido por la actividad mercantil que han desarrollado las empresas entre sí, donde la velocidad de las transacciones y los menores costos asociados, han sido factores

¹¹ SANDOVAL, LÓPEZ. “Contratos Mercantiles”. Primera edición de 2003. Pág.

¹² IDEM.

¹³ Téllez Valdes, Julio. Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico, X Congreso Iberoamericano de Derecho Informático. LOM Ediciones, Septiembre 2004. Pág. 153.

¹⁴ Idem.

trascendentes en la masificación de esta forma de negociación y contratación. Esta actividad que se viene describiendo denota un tinte frecuentemente internacional, que ha permitido a las empresas ofrecer sus productos y servicios fuera de los límites territoriales de un país con mayor facilidad. Otro rasgo es el acercamiento que ha producido de las empresas que no tenían a un acceso fluido a herramientas específicas, como medios de distribución, a las que si las tenían.

El violento ingreso de las tecnología de las comunicaciones electrónicas en la forma de ajustar acuerdos, es una nueva realidad que ya deja de ser novedosa. Herramientas como los navegadores de Internet, como por ejemplo Netscape, Internet Explorer, etc., y los buscadores o Browser, son ejemplos paradigmáticos de la facilidad de acceso que han permitido conocer información de todo tipo. Que decir del Marketing, ahora la publicidad no está realmente en las radios o en la televisión, o por lo menos no como antes, porque hoy ha surgido un germen que se ha desarrollado a una velocidad exponencial, que pone en jaque a los medios tradicionales en esta materia: Internet.

Una vez creadas las redes que permitieron la comunicación de computadores ubicados en distintos lugares, formadas las redes entre particulares, y finalmente, con el surgimiento de la red de redes, esto es, Internet, ha sido necesario que el derecho reaccionara frente a esta nueva realidad.

Las redes han permitido que las personas se comuniquen entre sí, establezcan relaciones, y cuando estas relaciones son reconocidas por el derecho como fuente de obligaciones, entendemos que se forman relaciones jurídicas.

Por medio de estos nuevos sistemas tecnológicos, las personas realizan publicidad de productos y servicios en espera que alguien los adquiera, compren y venden, se desarrollan actividades profesionales y comerciales, etc. Las ideas personales y mensajes que plasman los usuarios de Internet, pueden ser conocidos por todo el mundo, hay un fuerte rasgo de anonimato, porque nadie sabe a ciencia cierta, quien está al otro lado de la red, quien está frente al computador, tampoco se conoce ciertamente el lugar de origen de una comunicación, y por ende quien es responsable de una determinada manifestación.

En realidad, no podemos pensar que la contratación electrónica ha sido un fenómeno que ha producido un giro copernicano en el orden jurídico, sino que más bien se trata de los mismos negocios y transacciones, que ahora se hacen por otro canal, aunque hay que reconocer que la aplicación de las nuevas tecnologías han hecho surgir alteraciones a figuras contractuales innominadas que eran desconocidas con anterioridad.

4. Base Tecnológica de la Contratación Electrónica.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que Internet es hoy en día, el medio preferente que tienen los sujetos de derecho, para ajustar sus contratos, y que presenta mayores novedades, según lo que señalamos en el número anterior.

Internet, es una red, en que la información viaja "paquetizada", donde el paquete tiene un cabezal y el CRC, "que son los bits finales para saber si está bien o no, pero contiene toda la información de

origen y destino.”¹⁵ Funciona en forma no jerarquizada, de modo que si falla alguna central, un ruteador, etc., igualmente la información llega a destino.

Hoy, la evolución de la red de redes, esto es, Internet; va a depender de criterios de prioridad y calidad, no obstante su característica de anarquismo. Lo anterior se persigue para mejorar los estándares de calidad en la transmisión de la voz sobre Internet, como sucede en Internet 6 y MPLS.

Pero, ¿Cómo funciona Internet? En un primer nivel, tenemos el aspecto físico, es decir, la unión de dos cables, la generación de un puente. Logrado lo anterior, tenemos que conseguir que las máquinas “hablen” un mismo idioma, lo que es el rol de los protocolos. El más conocido es el TCP/IP, que paquetiza la información y da pautas para que ésta sea entendida por todos los elementos físicos que intervienen en el proceso de comunicación. Luego tenemos a los grandes transportadores, que son los grandes caños de Internet, que pueden ser en ATM, SDH, PDH, etc. Continuando, tenemos los módems que permiten la comunicación en sí, que adaptan la señal de la computadora a Internet. También tenemos los ruteadores, que conducen los paquetes a su destino.

Sobre esta base funciona el *e-commerce*, sin importar la naturaleza o tipo del acto que se quiere celebrar y/o ejecutar.

5. Tipos de Contratación Electrónica.

Como en esta materia no se puede ser taxativo, por la velocidad de los cambios tecnológicos; mencionaremos y

¹⁵ Piaggio, Juan. Telecomunicaciones, Informática y Comercio Electrónico: Aspectos Técnicos. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 13.

distinguiremos los contratos más comunes celebrados por vías electrónicas:

a. Negocios punto com. Son las denominadas tiendas virtuales. Un sitio Web determinado ofrece la venta de bienes y servicios a consumidores, normalmente, personas naturales. Es la modalidad B2C o Business to consumer. La peculiaridad de este tipo de transacciones son los pasos necesarios que hay que seguir hasta la adquisición del bien o servicio, autorizando una forma de pago y registrando los datos de cliente. Nos preguntamos acerca de la voluntad del vendedor, ya que aparentemente no concurre con ella a la formación de un contrato en particular. No obstante lo anterior, pensamos que si ha montado un sitio web con estos fines, es porque ha manifestado su voluntad de antemano, en virtud de las condiciones que el mismo ha determinado, lo que junto con la voluntad del cliente, forma el consentimiento. Pero, ¿Quién hace la oferta?, el Vendedor o el Cliente.

b. Negociaciones uno a uno. Se trata de que las partes han tomado contacto directamente, por ejemplo, vía correo electrónico, donde las voluntades se van a manifestar en momentos distintos. Esto aplica sólo en el caso de tratarse de contratos consensuales. Hoy se reconoce, como lo hace la Ley N° 19.799 sobre Documentos y Firma Electrónica, que las partes pueden firmar electrónicamente un documento, con un mayor o menor nivel de seguridad; lo que dará mayor certeza y confianza a los contratantes. Además del tipo de contrato que venimos comentando, tenemos los negocios C2C, o consumers to consumers, como ocurre en los sitios de remate en que una persona publica un

aviso sobre venta de un bien, y se inscriben postores, uno de los cuales terminará por adjudicarse el bien.

- c. E-Market places. Son negocios entre empresas, que se sujetan a determinadas reglas. "Incluso se dan situaciones en que no media participación alguna de personas solicitando y aceptando, sino que el sistema solicita bienes automáticamente si otro sistema acusa el término de determinado stock de productos"¹⁶

6.El Comercio Electrónico: ¿Por qué Regular?

El principio básico que rigen los distintos sistemas jurídicos mundiales, es que todos los sujetos se pueden desenvolver con libertad, la que puede ser ejercida mientras nos se contraponga al derecho de otro, pues ése es su límite. Éste es el principio que ha funcionado en Internet, mas el surgimiento de actividades atentatorias contra derechos de otros sujetos han planteado la necesidad de regular.

En Internet, los sujetos se comunican entre ellos por vías electrónicas en forma personal y determinada. También lo pueden hacer en forma genérica, por ejemplo respecto de los contenidos publicados en una página Web. Se realiza publicidad, se venden productos y servicios, se cometen delitos, etc. Todo lo anterior justificó en su momento la intervención del legislador tratándose de la vida "real", por lo que bien podría pensarse en aplicar la normativa existente. Sin embargo, hay tres rasgos del mundo virtual, que nos conducen a buscar soluciones más específicas:

¹⁶ Silva B., Paula. Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. N°3, 2003. Pág. 120.

- a) El alcance de las conductas desarrolladas en Internet. Todo el mundo se puede enterar.
- b) El anonimato. Nadie sabe realmente quién está tras un computador.
- c) Los complejos aspectos técnicos y la rápida evolución de las redes.

Esperamos extendernos más sobre este punto, en el último capítulo de este trabajo.

7. La Autonomía de Voluntad y Libertad Contractual en la Contratación Electrónica. Aspectos Generales.

La Autonomía de la voluntad y libertad contractual, se fundan primeramente en la libertad misma de los individuos. Se ha discutido si la regulación de esta actividad afecta positiva o negativamente a esa libertad. Para una postura, "la intervención del legislador sería contraproducente para la dinámica de este proceso...los Estados deberían abstenerse de intervenir, dejando en absoluta libertad a los individuos para que sigan comunicándose e integrándose"¹⁷. Otros, por el contrario opinan, que la libertad sólo se puede asegurar mediante la regulación. Hoy, la mayoría de la doctrina tiene una postura ecléctica. Es evidente que muchos de los problemas que surgen en la realidad virtual pueden ser solucionados con reglas jurídicas tradicionales, pero hay otros, que no pueden ser resueltos sino con la aplicación de una reglamentación particular orientados a los aspectos específicos que plantea este nuevo mundo.

¹⁷ Hargai, Daniel. Incidencia del Comercio Electrónico en el Ámbito Jurídico. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 23.

Sea como sea, cualquiera de los sistemas o corrientes de opinión a que adhiramos, la verdad es que el objetivo específico es asegurar la libertad de los individuos para que sin ataduras, intervengan en la realidad electrónica estableciendo relaciones jurídicas con otros individuos, con pleno poder para determinar si desean contratar, qué contenido le darán a ese contrato y cuales serán sus efectos. El problema es saber si los medios electrónicos, por su propia naturaleza afectan estos principios básicos, y si lo hacen, en que medida; cuáles son los efectos que en el orden jurídico contractual traen estas nuevas tecnologías. Nos planteamos algunos problemas, como la verdadera desigualdad que existe entre las partes de un contrato de este tipo, sea por una diferencia económica, sea por una diferencia de conocimiento tecnológico; cómo disminuir la brecha; la real libertad de las partes para fijar los objetos de los distintos contratos, o por el contrario si hay distorsiones o errores que vician la voluntad; que pasa con el error en las personas, ¿se puede celebrar un contrato *Intuito Personae* por medios electrónicos?; y la fuerza en los contratos, ¿hay imposición de celebración y contenido?; cuál es el rol que juega las normas de protección al consumidor en el reintegro de la igualdad de las partes; ¿hay igualdad de trato en la utilización de los nuevos recursos tecnológicos?; etc.

II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y CONSENTIMIENTO.

1. El Elemento Volitivo y Contratación Electrónica.

1.1. Autonomía de la Voluntad y Libertad

Contractual. En el curso de la modernidad han surgido una serie de acontecimientos que han alterado los principios rectores que regulan la contratación privada. Los avances en los procesos de producción, distribución y comercialización de productos, la globalización, los incrementos en las producciones de las empresas, la competencia empresarial depredadora, la producción en serie, el fortalecimiento de los proveedores y la dependencia de los consumidores, han planteado la necesidad de revisar el principio base de la contratación privada: la autonomía de la voluntad, y como consecuencia, la libertad contractual.

Los contratos entre privados, dentro de los cuales incluimos a las grandes empresas, ya no están entregados a la pura determinación de la voluntad de las partes, debido a que las mismas ya no se encuentran en un plano de igualdad.

La introducción de nuevas tecnologías y el advenimiento de Internet, no han ayudado a disminuir las diferencias que presentan

los contratantes, todo lo contrario, las han acrecentado en cuanto al poder económico, capacidad de negociación, acceso a información, etc.

La libertad de contratación y la autonomía de la voluntad sufren severos atentados del modo como fueron concebidas. Junto a los otros casos que hemos mostrado, nos preguntamos, qué tan libre manifiesta la voluntad un hombre que accede a las nuevas formas de contratación, como es el caso de los denominados "Demos", donde el usuario accede a una versión restringida de un producto para usarlo durante un tiempo determinado, lo que puede ser muy beneficioso desde su perspectiva, pero sin que se de cuenta, que el proveedor va generando en él una cierta dependencia al producto, de modo que cuando deba decidir si adquiere o no, ya no lo hará libremente. Una situación más complicada se presenta en el tema de las compatibilidades entre hardware, entre software y entre unos y otros, en que de antemano, los proveedores se aseguran de que el cliente continuará adquiriendo sus productos que son los compatibles con el adquirido en su inversión inicial.

1.2. Fuerza de la voluntad en la contratación electrónica. El contrato que tuvieron en vista los codificadores del siglo XIX, es sin duda muy distinto al que nos ha presentado el mundo de la contratación electrónica. Este proceso de "deshumanización de los contratos" es "fruto de la masificación de la producción y la comercialización: para quien celebra cientos o miles de contratos en los cuales se obliga a prestaciones iguales o similares, resulta poco menos que imprescindible someterse a fórmulas contractuales también iguales o similares"¹⁸. En el fondo, en un mundo virtual nos encontramos con contratos de adhesión, repetitivos y uniformes. De

¹⁸ Hargai, Daniel. Incidencia del Comercio Electrónico en el Ámbito Jurídico. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág 34.

este modo, una de las partes queda severamente restringido en su libertad para decidir el contenido del contrato y que efectos jurídicos dará a su cláusulas. Como se verá, esta realidad que se viene comentando, no es distinta a la que señaláramos en las primeras partes introductorias de este trabajo, y más precisamente, a propósito de la formación del consentimiento, en que indicamos que había contratos en que una de las partes sólo le cabía aceptar o rechazar las imposiciones de la otra. En consecuencia, y como se verá, el régimen jurídico tampoco cambia, al menos en sus aspectos estructurales.

La realidad de los contratos forzosos, no fue impuesta por la contratación electrónica, aunque quizá la ha acentuado; ya se venía desarrollando desde hace mucho tiempo atrás. Pensemos en el transporte colectivo, el pasajero sólo puede aceptar o no la tarifa ofrecida, y muchas veces la ruta, aunque no sea lo que precisamente necesita.

En ciertas ocasiones el Estado a través de su actividad normativa, sea legislativa o no, ha debido intervenir en estos contratos, incluyendo los celebrados por medios electrónicos, a propósito de la protección de los consumidores, o para dar mayor claridad en contratos que versan sobre materias técnicas, como el contrato de servicio público telefónico, regulado en Reglamento Público Telefónico; dentro de otras posibilidades.

Dada las particularidades que ha presentado la contratación electrónica, donde muchas veces opera una forma automatizada de manifestar voluntad; ha llevado a algunos a sostener que entramos a la era de la *posnegocilidad*, esto es declarar que no hay más contratos, porque no hay más negociación.

Otra corriente de opinión estima que el contrato se mantiene plenamente vigente, lo que ha cambiado es el prisma con que se le mira ahora. Dentro de los contratos hay múltiples elementos que pueden ser útiles para producir efectos jurídicos, por un lado, la autonomía de la voluntad, pero por otro, no dejan de ser importantes la buena fe, la adhesión, la apariencia, etc.¹⁹

1.3. Validez de los Actos Jurídicos y Contratación Electrónica. En cuanto a los vicios del consentimiento como causal de sanción civil ante la generación de un contrato imperfecto, la teoría general da preferencia a la voluntad real, al fuero interno del sujeto, por sobre la voluntad declarada.

En el caso del vicio del error, como vimos en la primera parte de este trabajo, precisamente en las clasificaciones del error de hecho; debe denotar cierta entidad para viciar el consentimiento, y acarrear en consecuencia la nulidad por existir una discordancia entre lo que es y lo que se cree. En otras palabras se consiente sobre un equívoco, la voluntad declarada difiere de la real, por existir este concepto equivocado de la realidad. La verdad es que con la contratación electrónica no van a variar los conceptos tradicionales del error, ni sus categorías, como tampoco las sanciones asociadas; lo que sí va a suceder es que por las particulares características del medio de comunicación, será más frecuente observar vicios como del que venimos hablando. Veamos algunos ejemplos que podrían presentarse en el ámbito del comercio electrónico, en base a la clasificación que vimos en la primera parte de este trabajo:

¹⁹ Lorenzetti, Ricardo. Las Normas Fundamentales del Derecho Privado. Rubinzal-Culzoni. Santa fe, 1995.

- Error esencial. Pensemos en el caso del error que recae sobre la especie del acto o contrato. Probablemente esta clase de equívoco no se produzca con mucha frecuencia en los negocios B2C como una tienda virtual, donde la empresa proveedora generalmente establece condiciones generales de uso y contratación que deben ser expresamente aceptados por el cliente, donde se pormenorizan las condiciones del acuerdo. No obstante lo anterior, si pensamos en los negocios C2C, o contratos entre consumidores; no es difícil entender que una de las partes puede entender un contrato distinto del que se celebra, pues no se establecen políticas ni procedimientos para evitarlos, como en los negocios B2C. Además, frecuentemente, a estos actos, por la clase de los contratantes, no le es aplicable la normativa de protección al consumidor, que tiende a imponer medidas tendientes a evitar abusos dentro de los cuales podemos encontrar una información maliciosa o poco clara. Por otra parte, pensamos en un equívoco que recae sobre la identidad específica de la cosa sobre la que se contrata, podremos advertir que será de frecuente ocurrencia en el ámbito virtual, pues lo que observamos como clientes o contratantes, es una imagen, representación o una simple descripción del asunto sobre el cual se negocia. Respecto de prestaciones inmateriales, no cambia mucho en relación a lo que sucede en el mundo real, pero si por el contrario, el contenido de la obligación recae, por ejemplo, en la entrega de una cosa específica, sí que nos podemos encontrar con problemas. En el ámbito de B2C, el asunto está regulado, a través de la normativa de protección al consumidor, donde encontramos el deber de información, prohibición de publicidad engañosa, entrega de una copia íntegra del contrato celebrado por medios electrónicos, etc. Pero en el ámbito de otro tipo de negocios, como las subastas electrónicas, estas obligaciones, frecuentemente tienen una naturaleza civil,

por lo que las exigencias antes señaladas sólo estarían entregadas a la buena fe.

- Error sustancial. Como señalamos, en materia de comercio electrónico, no se alteran las normas del derecho común que vimos en la parte primera de este trabajo, de modo que todo lo dicho para el error esencial en el punto anterior, es aplicable a este caso.
- Error accidental. Probablemente, tratándose de error accidental, será de difícil verificación en las relaciones más automatizadas, como en los negocios B2C, subastas electrónicas, e-market places, etc. donde el proceso de formación del consentimiento y del contrato, se encuentra estandarizado y automatizado. En consecuencia, será muy difícil que el proveedor conozca que la circunstancia accidental ha sido el motivo principal del contrato. Si hablamos de negocios C2C, podrá producirse entre las partes una comunicación más natural, como la que se produce en las tratativas en el mundo real; y podrá con mayor frecuencia, generarse un vicio como el que venimos comentando.
- Error en la persona. Pensamos en contrato *intuitu personae*. Hay una fuerte contradicción entre el medio electrónico y este tipo de contratos, pues en éstos, el elemento principal es la confianza, la consideración de la persona con que se contrata, y en la contratación electrónica, lo que se busca es precisamente una "relación entre ausentes", que frecuentemente nunca se han visto. No obstante lo anterior, puede suceder que la consideración de la persona ya exista al momento de celebrar el contrato, por lo que el mundo virtual sólo servirá como medio. Ya se han visto casos de anulaciones de mandatos judiciales celebrados por vías electrónicas, en que las partes nunca se habían visto.

- Error común. Por la limitada recepción en nuestro derecho, parece muy difícil que el comercio electrónico se vaya a topar con esta clase de vicio.

En materia de fuerza, debemos señalar que tampoco se ven afectados los principios y normas generales de la nulidad. No obstante lo anterior, acá se presenta la particularidad de que al menos uno de los tipos de fuerza está prácticamente excluida del medio electrónico, esto es, la física (aunque se puede dar en el mundo real y respecto de un contrato celebrado por medios electrónicos). Respecto de la fuerza moral, que en todo caso debe reunir los caracteres comentados en el capítulo I, para que pueda viciar el consentimiento; puede ser más frecuente que se ejecute en el mundo virtual, porque se traduce básicamente en amenazas de un mal futuro si no se consiente en un determinado sentido. Sea como sea, el tema de la fuerza podrá plantearse en negocios en que las partes traten directamente, y con mucho menos frecuencia en contratos de formación automatizada.

Respecto del dolo, la situación no varía mucho de lo predicado en relación a los demás vicios de consentimiento. Se mantiene en vigor la normativa común, comportándose el medio electrónico, como un nuevo instrumento para poner en práctica las maquinaciones fraudulentas. Nuevamente, este vicio será más frecuente encontrarlo en las negociaciones C2C que en otro tipo de acuerdos, más estandarizados.

Por aquellas peculiaridades que venimos mencionando, es que en el ámbito de la contratación electrónica, comenzó a adquirir más fuerza la teoría de voluntad declarada por sobre la real, por una cuestión de certeza. "Existe una nueva generación de negocios jurídicos –las tarjetas de crédito, los cajeros automáticos, y también,

por qué no, los título valores y los documentos de presentación- en que se da primacía a la declaración de voluntad, a la apariencia, a los modos objetivos de evaluación de la expresión voluntad”²⁰

Después de la irrupción de los medios tecnológicos para manifestar voluntad, el sujeto se ha hecho responsable del medio utilizado. En la contratación electrónica, esto es patente. ¿Cómo podemos probar la existencia de un vicio del consentimiento, cuando el sujeto al momento de manifestarlo, sólo le bastó con presionar una tecla? ¿Cómo podríamos estarnos a la teoría subjetiva de los actos jurídicos, cuando parece evidente que sólo nos podemos sujetar a la voluntad declarada?

A propósito de la capacidad que vimos en la primera parte de este trabajo, como requisito para la validez del acto jurídico, o incluso para su existencia; es un elemento que cobra importancia al momento de determinar si nos vamos a sujetar a la declaración de la voluntad o a la voluntad real. La primera alternativa parece más atendible. Imaginemos el caso de un menor adulto que no ha cumplido con las formalidades habilitantes necesarias para que el acto sea válido, informa a su contraparte que es una persona plenamente capaz, y esta última consiente teniendo un concepto equivocado de la realidad. Por un lado tenemos el problema de la validez del acto jurídico por falta de capacidad de uno de los contratantes, y por otro, tenemos que el que está al otro lado de la red no tiene otra posibilidad que sujetarse a la voluntad objetivamente manifestada. La situación se complica cuando hablamos de incapacidades más específicas, como la falta de habilidad para ser parte en un negocio. Por lo menos, aunque para nada de uso frecuente, existe hoy en día la aplicación de ciertos mecanismos que pueden ayudar a solucionar los problemas en comento, como la certificación de la identidad de una persona en la

²⁰ Lorenzetti. Los Contratos Electrónicos. P.83

firma electrónica avanzada, incluyendo su edad, para efectos de entenderla hábil para celebrar un acto jurídico. Por otro lado, frecuentemente en las relaciones B2C, se establecen una serie de procedimientos y políticas de seguridad destinados a identificar al cliente titular de una cuenta con el proveedor con el que efectúa la operación electrónica, haciéndose el mismo responsable del medio utilizado en cuanto recae sobre el manejo de datos identificatorios, como nombres de usuario y códigos de pase.

En consecuencia la aplicación de la informática y las telecomunicaciones a la contratación, la comunicación por transferencia de datos; ha permitido una serie de beneficios económicos, de seguridad, eficiencia, etc., no obstante es un hecho que ha puesto en algunos problemas a la normativa tradicional y exige la incorporación de algunas hipótesis normativas específicas.

2.- Las Formalidades en la Contratación Electrónica. Referencia Especial al Documento y Firma Electrónica.

2.1. Formalidades y el medio electrónico. Al igual que en las demás materias que hemos tratado, no se presentan modificaciones a la normativa general, mas han surgido importantes novedades que será preciso comentar, pues se trata de una forma específica de manifestar la voluntad, una formal, que en algunas ocasiones será condición para que se llegue a perfeccionar el contrato.

Hay que convenir que no todas las formalidades, así como no todas las prestaciones, son susceptibles de ser cumplidas por medios electrónicos. Generalmente, en cuanto al objeto que perfecciona al contrato, tenemos que se genera dificultad en los contratos reales por el elemento entrega de la cosa. Igualmente,

habrán contratos en que ciertas formalidades requeridas no se podrán cumplir electrónicamente. Pensemos por ejemplo en formalidades consistentes en la presencia de testigos que constaten las declaraciones de las partes o de un funcionario determinado; en este caso sería imposible cumplir los elementos externos del acto por medios electrónicos. Además, normalmente, esta clase de formalidades, son solemnidades, por ende su omisión, acarrearía la nulidad absoluta del acto. Podemos agregar que en ciertos casos, los requerimientos técnicos son un óbice para el cumplimiento de ciertas solemnidades, como las inscripciones en los registros conservatorios (sociedades mercantiles, constitución del censo, etc.), en los que se sigue operando sobre papel únicamente, no obstante el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales, del 13 de Octubre de 2006.

No habrá problemas para cumplir ciertas formalidades por medios electrónicos, sobre todo si se traducen en cuestiones documentales. Por lo mismo hemos encontrado pertinente referirnos a los documentos electrónicos y la firma electrónica, como una nueva alternativa de cumplir ciertas formalidades, además de ser un medio cierto para concluir acuerdos.

2.2. El documento electrónico. La materia a la cual nos referiremos está tratada en la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Dicha norma legal, en su art. 2 letra d) define lo que debe entenderse por documento electrónico:

“toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”.

Como se podrá observar de la definición legal, el documento electrónico no difiere mucho del documento que tradicionalmente conocemos, ya que, y para los efectos que nos interesa, es idóneo para contener una declaración de voluntad. La novedad se presenta en su soporte y en el lenguaje de que se sirve (binario).

Pero, ¿cuál es el fundamento legal para sostener que una declaración de voluntad, aún debiendo ser formal, puede verificarse por medios electrónicos? Nos referimos al principio de la equivalencia de soportes, consagrada en el art. 1º de la ley en comento y desarrollado en su artículo 3º, que pasamos a reproducir:

“Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.”

Para comprender la definición anterior, debemos entender qué es firma electrónica. Aunque volveremos sobre este punto, el art. 2 de la ley del ramo nos define:

“f) Firma electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor;

g) Firma electrónica avanzada: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al

mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría...”

De este modo, si una formalidad o solemnidad por medio de la cual se manifiesta la voluntad, según sea el caso, consiste en el otorgamiento por escrito del acto, se podrá cumplir por la vía electrónica. Pensemos en un contrato de seguro, que debe ser otorgado por escritura pública o privada, según indica el art. 514 del Código de Comercio; en el acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias, pues según lo dispone el art. 1709 del Código Civil, debe constar por escrito bajo sanción de no admitirse prueba de testigos, etc. Además de los casos legales, el documento electrónico será de general procedencia, cuando se trate de una formalidad convencional que consista en el otorgamiento de una escritura pública o privada.

Como se podrá sospechar, hay actos y contratos que no se pueden perfeccionar o cuyas formalidades no se pueden cumplir por disposición legal: cuando la solemnidad no se puede cumplir por medios electrónicos, aquellos en que se requiere comparecencia personal de las partes y los relativos al derecho de familia (art. 3º inc. Final de la ley 19.799).

Por otra parte, hay ciertos casos en que la ley exige que la voluntad sea manifestada en una forma precisa. Por lo anterior, y al igual que en el mundo real, podemos hacer algún distinguo de los documentos electrónicos:

- Instrumento público electrónico, que es el autorizado con las solemnidades legales, por el competente funcionario, y con firma

electrónica avanzada, que es la que se acredita por un certificador acreditado.

- Instrumento privado electrónico, que es aquel que le falta alguno de los requisitos de la categoría anterior. No se encuentra protegido por la fe pública.

En consecuencia, podemos señalar que en los contratos solemnes, donde la solemnidad consiste en constar el acto en un instrumento público, sólo se pueden otorgar electrónicamente con firma electrónica avanzada (Arts. 4 y 7 de la Ley 19.799). Si la solemnidad consiste en que el acto respectivo conste por escrito, podrá hacerse mediante la suscripción de un documento que contenga firma electrónica de cualquier tipo. Lo anterior no se reduce a las formalidades del tipo solemnidades, sino en cualquiera que tenga una naturaleza documental. Así, ya mencionamos la formalidad de constar por escrito el acto que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. Ésta última es una formalidad por vía de prueba.

El uso de la documentación electrónica, no es privativa de los particulares, pero en el ámbito público, existe un régimen excepcional. Por ejemplo, en materia de equivalencia de soportes, los órganos públicos deben actuar dentro de su competencia, requisito que es incompatible con la actividad de particulares.

2.3. Las amenazas en las redes: el gran problema. Al margen de lo dicho anteriormente, tenemos que señalar que el principal problema práctico a abordar, al momento de asegurar un Standard de certeza semejante o más alto del que se verifica en el mundo real, es la seguridad en las redes. Resulta

relevante tocar este punto, pues es de mayúscula importancia para varios aspectos de la voluntad en el ámbito electrónico, como la existencia de documentación electrónica, firma digital, y por ende capacidad de las partes, identidad de las mismas, fuerza obligatoria de los contratos, etc. Analizaremos brevemente este punto desde un prisma tecnológico, y luego, desde un criterio jurídico:

a. Perspectiva tecnológica. Se entiende por amenaza una condición del entorno del sistema de información (persona, máquina, suceso o idea) que, dada la oportunidad, podría dar lugar a que se produjese una violación de la seguridad. Desde la perspectiva del elemento volitivo, resulta relevante adoptar medidas para evitar la concreción de amenazas informáticas que pudieran redundar en la alteración o eliminación de las declaraciones de las partes, como de sus elementos identificatorios. Estas amenazas que pueden alterar las referidas declaraciones podrían ser:

a.1. Interrupción de la información. Un recurso del sistema es destruido o se vuelve no disponible, como cortar una línea de comunicación.

a.2. Intercepción de la información. Una entidad no autorizada consigue acceso a un recurso. Es un ataque contra la confidencialidad, como la instalación de un programa espía.

a.3. Modificación. Manipulación de un recurso por parte de una entidad no autorizada. Se trata de un ataque contra la integridad de la declaración.

a.4. Fabricación. Una entidad no autorizada inserta objetos falsificados en el sistema. Es un ataque contra la autenticidad, como el hacking de una

página de una tienda virtual, en que se generan datos falsos de comercialización.

Dada la naturaleza de este trabajo, no nos extenderemos más sobre este punto.

b. Perspectiva jurídica. Hay ciertos elementos de incertidumbre en el tráfico jurídico electrónico que ha sido necesario acotar, con la introducción de mecanismos como la firma electrónica y las certificaciones de las entidades correspondientes. Lo anterior da lugar a ciertas funciones que se persigue obtener:

b.1. Integridad. Es la propiedad que tiene un documento electrónico, que verifica, una vez que ha sido emitido; que éste no ha sido modificado.

b.2. Autenticación. Es la verificación de la identidad de un receptor o emisor de un documento electrónico o un usuario de un sistema.

b.3. Confidencialidad. Condición que consiste en asegurar que sólo los usuarios autorizados tienen acceso a la información. Se relaciona, al igual que en la función anterior, con el sistema de seguridad o encriptación, para proteger las declaraciones.

b.4. No repudio. Consiste en el atributo del documento electrónico, en que una vez verificada su autoría e integridad, no puede ser desconocido en cuanto a su contenido, por el autenticado.

b.5. El tiempo. La ley otorga o niega determinados efectos dependiendo del lugar en que ocurrieron las hipótesis que prevé. Este aspecto ha sido muy controvertido, por no ser materia de certificación. Por ende, cuesta entender que el instrumento público electrónico haga prueba del mismo modo que un instrumento público tradicional, a menos que exista un atributo de sellado de tiempo.

2.4. La firma electrónica. Sin perjuicio de lo que ya dijimos respecto de las definiciones legales, podemos señalar que se trata de "cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos, utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de la firma manuscrita"²¹. Lo anterior, y en conformidad a la definición legal antes citada; viene a consagrar el principio de la neutralidad tecnológica, en cuanto a no discriminar un sistema por sobre otro, si cumple las funciones que indica la ley.

Sabido es que la firma electrónica es clasificada en nuestra legislación en simple y avanzada o digital. La diferencia se presenta, porque la avanzada se encuentra certificada por un prestador acreditado, es creada por medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, permite la detección de las modificaciones que sufra un documento y permite verificar la identidad del titular.

Debido a la utilización de un sistema asimétrico de criptografía, la firma electrónica avanzada permite alcanzar las funcionalidades necesarias, según se comentó, para determinar el contenido y extensión exactos de las declaraciones de las partes, verificar la identidad del emisor o receptor, mantener la reserva de las comunicaciones y generar la aptitud de no repudio de un documento. En definitiva, es el mecanismo electrónico que por excelencia, protege a las declaraciones de voluntad que hagan las partes en el ámbito virtual.

3.- La Formación del Consentimiento en la Contratación Electrónica.

²¹ Apollonia Martínez Nadal. Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación, p. 41, Madrid, 2001.

El problema que nos ha planteado la contratación electrónica, es determinar cuándo y cómo se produce el consentimiento de las partes.

Para analizar lo anterior, es preciso determinar cuando se produce la oferta, y cuando la aceptación.

Dijimos que la oferta es la proposición de celebrar un contrato en condiciones determinadas, siendo ésta completa, pudiendo ser verbal o escrita. Esta oferta puede ser expresa o tácita. Además señalamos que el contrato se perfecciona al momento de la aceptación pura y simple en caso de ser consensual. Si hay una contrapropuesta, se entiende que es una nueva oferta.

En general, la contratación electrónica no ha significado una alteración a las estructuras básicas de la teoría del contrato. Lo anterior se aplica también en el tema de la formación del consentimiento, no obstante que adquiere ciertas peculiaridades. La doctrina está conteste en este punto, y cada vez más legislaciones se cuadran en este sentido. Así, el Real Decreto Español 14/99 de 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica, señala que sus disposiciones no afectan las normas relativas a la celebración, formalización, la validez y la eficacia de los contratos u otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones. Comentando el decreto, señala González-Echeñique que "si las declaraciones de voluntad a través de las cuales se manifiesta el concurso entre la oferta y la aceptación referente a la cosa y la causa que han de constituir el contrato se emite entre personas que no están físicamente en el mismo lugar a través de técnicas telemáticas, dicho contrato quedará perfeccionado de acuerdo a las normas generales y,

por tanto, será plenamente válido. Para ello no creemos que sea precisa una norma añadida que lo declare expresamente”²²

En la formación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, se pueden distinguir las siguientes etapas:

- a. Propuesta.
- b. Transmisión de declaraciones negociales.
- c. Aceptación.
- d. Momento de perfeccionamiento del contrato.
- e. Inestabilidad del consentimiento introducido por la norma legal.

Intentaremos seguir este método.

Evidentemente, si hablamos de medios electrónicos, puede haber una oferta, esto ya no se discute. En el caso de una oferta de un contrato de compraventa efectuada en una página web (si entendemos que hay propiamente una oferta), ésta sería indeterminada y vinculante para el oferente. En el caso de la oferta de compraventa regulada en el Código de Comercio, siendo ésta indeterminada, no obliga al oferente. No obstante, esta peculiaridad de lo vinculante de la oferta no es propia de la contratación electrónica, sino de toda oferta indeterminada, en que por la actividad particular a que se refiere, cae en el ámbito del derecho del consumidor (la gran

²² Leopoldo González-Echeñique. “Estudio de la Directiva y del Real Decreto-Ley de 17 de Septiembre de 1999 sobre firma electrónica” en Derecho de Internet, año 2000, págs. 214-215

parte de las ofertas realizadas por medios electrónicos lo hacen). En la contratación electrónica, se va a aceptar por un clickeo o pulsación.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, en los negocios denominados "Business to Consumer", surge la duda de quién es el que genera realmente la oferta: el que usa la web para montar la tienda virtual, o por el contrario, el cliente, entendiéndose que los productos y servicios publicados son una mera sugerencia de contratación. Luego, será importante determinar cuando se produce la aceptación. El tipo de negociación Business to Consumer, no obstante su creciente expansión, no constituye la regla general en el sentido de que se aparta de los criterios tradicionales de la formación del consentimiento, porque normalmente van a caer en el ámbito del derecho del consumidor, en que se establecen nuevas normas sobre la materia. En los contratos ajustados por comunicaciones electrónicas, como en los correos electrónicos o chats, se entiende que se trata de conversaciones directas entre los negociantes, por lo que no se plantea el problema de "sugerencia de contratación". En el modelo de negocio Business to Business, opera la legislación comercial para juzgar el momento en que se produce o genera el consentimiento de las partes, no se aplica la ley del consumidor.

Como ya dijimos insistentemente, la primera etapa en la formación del consentimiento es la oferta o propuesta, que en materia de contratación electrónica, puede adquirir ciertas peculiaridades:

- a. Ofertas indeterminadas y de carácter permanente. En las relaciones de consumo existe una propuesta concreta de celebrar un contrato a sujetos indeterminados. Para algunos autores, las ofertas que mencionamos, a la luz de normas como el art. 105 del Código de Comercio, y sobre todo en el mundo virtual;

no son ofertas propiamente tales, y responden más que nada a sugerencias o proposiciones de celebrar un contrato. No tendrían realmente un valor vinculante. Así, "si siguiéramos la doctrina clásica, equiparando una tienda virtual a una tienda real se trataría de invitaciones a hacer ofertas."²³ No obstante lo anterior, hay quienes opinan que el estado de desarrollo de los negocios y prácticas comerciales, y la regulación particular de los derechos del consumidor, como veremos en unas líneas más; imponen un valor obligatorio a estas ofertas, de modo que aceptadas pura y simplemente, se forma el consentimiento. Esta situación, se ha planteado en los negocios denominados Business to Consumer, que se tratan básicamente de tiendas virtuales, con exposición de productos, señalamientos de precios, exposición de contratos on line, manifestación de voluntad con solo apretar una tecla, etc.

Mencionábamos brevemente, unas líneas atrás, que este modo de ver el tema, ha ido cambiando con la introducción de un derecho particular, que es el de protección al consumidor, en que en general se impone al proveedor de bienes y servicios, la obligación de respetar sus ofertas y propagandas.

En Chile, regula el derecho de protección al consumidor, la ley N° 19.496. Señala, entre otras cosas que todo prestador de servicios o proveedor de bienes deberá respetar las condiciones y términos en que se hubiere

²³ Silva B., Paula. Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. N°3, 2003. Pág. 122.

ofrecido o convenido la entrega del bien o servicio (art. 12), se prohíbe a estos prestadores y proveedores la negativa de prestación o provisión (art.13), obligatoriedad de respetar las rebajas de precio (art. 35), etc.

Pero entonces, ¿es que las normas del derecho del consumidor han cambiado los postulados de la doctrina clásica, y nos indican unívocamente que estas "invitaciones a contratar" sí que tienen fuerza obligatoria? La verdad es que no está tan claro, y para ello vamos a citar tres corrientes de opinión:

1. Jorge Wahl ha dicho que estos casos no serían otra cosa que ofertas tácitas, cuyo poder vinculante se vería reforzado por las normas de protección al consumidor²⁴
2. Una segunda opinión es que con la regulación de los derechos del consumidor, se está dando una nueva orientación a las ofertas a personas indeterminadas, transformándose éstas en obligatorias.
3. Por último, una tercera corriente sostiene que si bien la ley del consumidor regula la obligatoriedad de estas ofertas, la verdad es que su incumplimiento no acarrea el cumplimiento forzado del contrato, sino solamente una multa en beneficio del fisco.

²⁴ Jorge Wahl, citado por Silva B., Paula. Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. N°3, 2003. Pág. 122

Creemos que el problema debe centrarse en la discusión en cuanto si hay efectivamente una modificación a la normativa existente sobre la formación del consentimiento, y en la especie, sobre la oferta.

Creemos que en este restringido aspecto, ha surgido una regulación especial sobre la materia, pero pensamos que nunca ha sido la intención del legislador establecer un mecanismo jurídico alternativo para que un consumidor obligue a un prestador a ejecutar un contrato si es que éste se deriva de una oferta vinculante, estableciendo sin embargo, otro tipo de sanciones que pueden conducir a la ejecución de las prestaciones prometidas.

Los problemas sobre la generación y obligatoriedad de la oferta que venimos comentando (quien hace la oferta y quien acepta), y por ende, la determinación del momento y lugar en que se produce el consentimiento; tomarán relevancia cuando tratemos de determinar la legislación aplicable y el juez competente para conocer de las acciones que emanen de esa ley.

En cuanto a la legislación aplicable, si entendemos que el contrato, se ha celebrado en Chile, entonces no hay duda que se aplica la ley chilena. Si entendemos que se ha formado en el extranjero, pero ha de ejecutarse en Chile, pues éste debe regirse por la ley chilena, en conformidad al art. 16 del Código Civil. En consecuencia, la entrega, pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el incumplimiento imperfecto o tardío, y cualquier otro acto relativo a la ejecución del contrato, deberá arreglarse a las leyes chilenas, salvo acuerdo en contrario de las partes (art. 113 del Código de Comercio).

En cuanto al juez competente, se aplicarán las reglas generales si no se trata de una relación de consumo. Si no es así, serán competentes los jueces de Policía Local de la comuna donde se hubiese celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o se haya dado principio a su ejecución, a elección del actor. La ley se pone en el caso de los contratos electrónicos, puesto que si no se pueden determinar las circunstancias antes dichas, entonces será competente el juez del lugar de residencia de consumidor.

- b. Ofertas entre ausentes. Cuando hablamos de los tipos de ofertas, dijimos que estas podían ser verbales o escritas. Las verbales debían tener una respuesta inmediata, mientras que las escritas, tenía un plazo de aceptación. Esta última categoría de oferta es la que denominamos oferta entre ausentes.

En materia de contratación electrónica, es frecuente que exista una oferta entre ausentes, pero por las bondades de la tecnología actual, se puede dar una respuesta inmediata. Se habla también del consentimiento "On line", en tiempo real. Se discute si estamos ante un contrato verdaderamente entre ausentes o entre presentes. En todo caso, si se admite que es entre presentes, será una "presencia virtual" y siempre bajo las características de un contrato a distancia.

- c. Ofertas o propuestas entre empresarios, o contratos B2B. Según la más reciente doctrina, la oferta hecha en Internet en este ámbito de cosas, sería una propuesta clara de celebrar un contrato, mas a la luz de la doctrina clásica, sería una mera invitación a ofertar. En

este segundo caso, esta invitación a hacer ofertas, va aparejado a un mecanismo de aceptación predispuesto, por medio del cual el propio servidor confirma la recepción de una solicitud y la celebración del contrato. Así, si la empresa que recibe una invitación a ofertar en estos términos, envía su oferta, el servidor estará configurado para aceptar en conformidad a ciertos parámetros. El contrato se perfecciona con la recepción de esa respuesta del servidor.

d. En contrato con EDI (Electronic Data Interchange) o con acuerdo previo. El EDI, son experiencias de comercio electrónico entre empresas por medio de redes cerradas. En este caso, simplemente hay una remisión a ese acuerdo.

En cuanto a la transmisión de las declaraciones negociales, tenemos que tener presente, que esta situación no cambia radicalmente respecto de lo que ocurre en el mundo real, o "no virtual". Entendemos que dos o varias personas van a actuar de manera tal que sus voluntades se encontrarán a través de redes digitales. Dicho proceso puede realizarse de varias formas:

(a) "On line". La tendencia moderna, como sugerimos, es que aunque realmente se trate de un contrato a distancia, se estima como contratos con "presencia virtual". Todo esto por la velocidad de las comunicaciones o comunicaciones instantáneas.

(b) Por medio de correo electrónico, "e-mail" o mensajería electrónica, en el cual cabría plantearse si no corresponde la aplicación del Art. 98. del Código de Comercio: "La propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a

quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso." En principio no habría mayores complicaciones en aplicar esta disposición.

(c) Aceptación mediante un "click" del mouse. Corresponderá preguntarse si estamos frente a la expresión de un asentimiento o si merece un análisis particular. Son los denominados *clickwrap agreements* o *clic-throug agreements*. En estos casos, operan los denominados agentes electrónicos, cuya función es celebrar contratos en forma automática, sin intervención humana concomitante. Pertenecen a esta categoría los *Proxy bider* que son los que operan o encargados de formar el contrato en las subastas en Internet. Nos preguntamos si hay aquí un verdadero consentimiento. Estimamos que hay una manifestación expresa de voluntad, previa, del oferente, al sujetarse a determinadas reglas, de modo que cumplidos los requisitos de sistemas, es posible formar el consentimiento.

Al margen de lo anterior, otro problema que surge, es qué ocurre si un proveedor de red altera un mensaje de uno de los futuros contratantes. Algunos señalan que se habría producido un error obstativo o impedimento. La verdad es que no es un error el que se produce, pues no hay un intercambio de voluntades, sobre las cuales pueda recaer el error. Si el destinatario de la oferta, recibe un mensaje distinto al original y lo acepta, debería entenderse que es una nueva oferta, pues no ha aceptado en forma pura y simple.

Otra etapa es la aceptación. Ésta utiliza los mismos medios que la oferta, por lo que omitiremos estos comentarios.

Hemos señalado además las reglas que nuestro Código de Comercio da a propósito de la aceptación. Ésta debe ser pura y simple, para efectos de lograr formar el consentimiento. En caso contrario, se entiende como una nueva oferta.

En cuanto al momento de perfeccionamiento del contrato, tenemos que "el contrato está perfeccionado desde el momento en que empieza a producir sus efectos, es decir, desde el instante en que las partes que lo han celebrado pueden hacer efectivo sus derechos y exigir el cumplimiento de las obligaciones que él ha generado. La determinación del momento del perfeccionamiento del contrato depende si se ha celebrado entre partes que están presentes o entre contratantes que están ausentes. En el primer caso la cuestión no suscita dudas, porque ese instante tiene lugar cuando se forma el consentimiento, esto es, cuando se unen las voluntades de ambas partes, la de aquella que hace la oferta con la de aquella que da su aceptación, o cuando se entrega la cosa objeto del contrato o cuando se cumplen formalidades que acompañan al consentimiento, respectivamente, dependiendo si el contrato es consensual, real o solemne"²⁵. Luego comentaremos como se comporta este punto a propósito de la contratación electrónica. El problema de determinar el momento en que se genera el perfeccionamiento del contrato, se planteará en los contratos entre ausentes. Hay quienes consideran que el contrato se perfecciona con el envío de la aceptación, y otros en cambio, con la recepción de la misma. La primera posición beneficia al aceptante, y la segunda, al oferente.

Este problema está solucionado en España (semejante a la ley chilena) en el artículo 29 del Anteproyecto de Contratación electrónica, pues dispone que se perfecciona el contrato con la emisión de la aceptación.

Las comunicaciones instantáneas han hecho perder importancia al tiempo necesario para que la aceptación llegara a

²⁵ Sandoval, Ricardo. Derecho del Comercio Electrónico. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003. Sec. II

destino. En la contratación electrónica, y particularmente, a propósito de la tecnología que ha permitido enviar y recibir una respuesta en forma casi instantánea, se han planteado algunos problemas, como son, la efectividad de que la comunicación llegue a destino y si el destinatario efectivamente leyó el mensaje. No obstante, estos problemas no son inherentes a las tecnologías de comunicación o transferencias de datos, pues ya existían anteriormente.

Insinuado anteriormente, nuestra legislación adhiere al principio de la declaración de la respuesta, para efectos de entender formado el consentimiento.

En conformidad a todo lo dicho anteriormente, el lugar de formación del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, en nuestra legislación, sería el lugar donde se encuentra el aceptante de la oferta. Esto tiene importancia para determinar la legislación aplicable y da ciertas ventajas, para quien recibe la oferta, según se comentó unos párrafos atrás.

En Chile, se estima que un contrato celebrado por medios electrónicos, es un contrato entre ausentes, las manifestaciones de voluntad entre oferente y aceptante, no son simultáneas. Entonces, en conformidad al Código de Comercio Chileno, el contrato se forma con la emisión de la aceptación.

Se ha sostenido que sólo pueden celebrarse por medios electrónicos, los contratos consensuales y solemnes, puesto que "es difícil llenar las exigencias propias del perfeccionamiento de los contratos reales"²⁶. No obstante lo anterior, nos es que no se puedan celebrar contratos reales por medios electrónicos, sino que probablemente sea más difícil entregar la cosa, que es lo que

²⁶ Sandoval Ricardo. Op. Cit.

perfecciona el contrato. Probablemente la entrega no podrá hacerse por medios electrónicos, aunque a veces sí, como el mutuo con depósito electrónico en cuanta corriente.

Por otra parte, en la realidad jurídica de los distintos países, se han dictado ciertas normas que han inestabilizado el consentimiento. Acá en Chile, por ejemplo, la Ley del Consumidor, evita la formación del consentimiento, si el proveedor no ha cumplido con ciertas obligaciones, como dar adecuado acceso al consumidor a las condiciones generales del contrato. Se comentará más adelante.

4. Restricciones a la Autonomía de la Voluntad en la Contratación Electrónica.

Como se ha dicho insistentemente, en muchos casos, a propósito de la contratación electrónica, el contenido del contrato normalmente no se puede discutir o negociar, mas las partes conservan aún la facultad de decidir si quieren contratar o no.

Estas restricciones a la autonomía de la voluntad, en su dimensión de libertad contractual, han determinado la aparición de ciertos contratos recurrentes, aunque no originarios, en el ámbito de la contratación electrónica. Vamos a sistematizar lo dicho en el primer capítulo, comentando lo que ocurre en el mundo virtual:

- a. Contratos tipo. "El contrato tipo es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos, que se celebran masivamente..."²⁷ Cuando las partes celebran este tipo de contrato, normalmente lo hacen sobre modelos o

²⁷ López Santamaría, Jorge. Op. cit. Pág. 180

formularios prediseñados, con mínimas posibilidades de modificación, y que serán usados en múltiples contratos posteriores. Se trata pues de un contrato prerredactado, que sirve para ajustar sucesivos acuerdos con el mismo contenido hacia el futuro, y con distintas contrapartes, sin posibilidad de negociación, por lo menos en las cláusulas estandarizadas. El fundamento de este tipo de contrato, no tiene que ver con un intento de ejercer un poder de primacía entre las partes, sino que por la masificación económica, se ha necesitado fabricar contratos "en serie" o estandarizar ciertas cláusulas. Esta categoría de contrato no es incompatible con el de adhesión. Quienes hayan celebrado algún contrato en la realidad virtual, y más particularmente bajo el tipo B2C, se podrán haber percatado de que se trata de contratos seriados, prerredactados, de formularios en que se tienen que hacer ciertas selecciones, donde cada nuevo contratante deberá seguir el mismo procedimiento.

- b. Contratos de adhesión. Como dijimos con anterioridad, aquí si que hay el ejercicio de un poder económico o de experiencia que una de las partes ejerce sobre la otra, de modo que el preponderante impone todas las cláusulas del contrato, y a su contraparte no le queda más que aceptar o rechazar, sin posibilidad de negociación. No obstante lo anterior, no es que desaparezca el consentimiento, de hecho puede efectivamente formarse al dar la parte que adhiere, su aceptación, lo que sucede, es que solamente no ha habido libre discusión. No sucederá así en los contratos heterodoxos.

Es de ordinaria ocurrencia ver contratos celebrados por vías electrónicas de adhesión. Tanto es así, que la Ley del Consumidor estableció normas específicas de control para la realidad virtual, como veremos más adelante.

Es frecuente que los contratos de adhesión, y en particular, los celebrados por medios electrónicos, se sirvan de condiciones generales, pero no pueden identificarse. Un contrato de adhesión puede reducirse a la imposición de cláusulas particulares, y no contemplar una reglamentación tan extensa como lo son las condiciones generales de un contrato. En materia de contratación electrónica, como se dijo, existen contratos de adhesión que pueden o no ir acompañados de condiciones generales. La mayor presencia de estas modalidades y de adhesión en los contratos, va depender de la clase de contrato o negocio que se está concluyendo. Así, será frecuente ver contratos de adhesión en los negocios B2C, no tanto en los B2B.

Las cláusulas de los contratos de adhesión se caracterizan por su permanencia y minuciosidad. Suelen ser utilizadas por quien tiene la posición preponderante como instrumento de abuso, en cuanto producen un desequilibrio de las partes en la convención.

Dentro de las distintas formas de enfrentar el tema de las cláusulas abusivas, como los son la buena fe, el orden público, los principios generales del derecho, etc., tenemos una normativa especial, a la cual ya haremos

referencia. Hablamos de la legislación de protección al consumidor, que es plenamente aplicable a la contratación electrónica.

La ley de protección al Consumidor entró en vigencia en Chile en 1997, y desde entonces, ha sufrido algunas modificaciones que buscan perfeccionar esta normativa. Entiende que los contratos de adhesión son “aquellos cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido” (art. 1º Nº 6). Es en este tipo de contratos en que se pueden observar cláusulas abusivas. La legislación chilena ha preferido establecer un catálogo de cláusulas abusivas, antes que dar al juez la facultad de apreciar libremente una cláusula que puede revestir estos caracteres. Además el párrafo 4º título II, establece normas de equidad en cumplimiento de los contratos de adhesión.

La sanción que establece la ley, además de la general por la infracción a la ley del consumidor, será la de nulidad de la disposición, en conformidad a lo que establece *el art. 16* del referido cuerpo legal.

En el mismo art. 16 de la ley mencionada, se ha introducido una letra g que amplía notablemente el catálogo de cláusulas abusivas, considerando como tal, la que atente contra la buena fe, en su dimensión objetiva y en cuanto produzca un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. En particular, dicha disposición dispone que no producirán efecto alguno en

los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para esto se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se establece una presunción de buena fe, siempre que dichas cláusulas se encuentren revisadas y autorizadas por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

- c. Las Condiciones Generales. Normalmente tienen su origen en un contrato de adhesión o en un contrato tipo. No obstante lo anterior, esto no es necesariamente así. Las condiciones generales del contrato son anteriores a su celebración en incluso pueden no encontrarse materialmente junto al contrato, sino que hacerse una referencia a él. Lo que si se precisa, es que sean aceptadas obrando con pleno conocimiento de ellas.

En materia de contratación electrónica, resulta frecuente establecer este tipo de cláusulas o condiciones. Se trata de las denominadas "Condiciones de Uso y Contratación" en que se establecen las reglas que debe aceptar el usuario para poder ingresar y en definitiva hacer uso de la página de Internet. Se requiere aceptación expresa de ellas para proceder a ajustar algún negocio de los ofrecidos por el catálogo de la página. Se establecen obligaciones de privacidad o

políticas en el tratamiento de datos personales, confidencialidad, responsabilidades, limitaciones o exoneraciones de las mismas, sistemas de seguridad, modalidades de los diversos tipos de contratación ofrecidos, etc.

Este tipo de condiciones son frecuentes en los negocios Business to Business y los Business to Consumer, donde además de ellas, se entrega un formulario que contiene identificación del contratante, identificación de productos, ciclos de facturación, etc.

5.-Derecho de Protección al Consumidor y Contratación Electrónica.

Como dijimos anteriormente, la contratación electrónica no ha cambiado el sistema contractual tradicional, reconociendo eso sí, que ha introducido algunos cambios, pero que se desprenden del particular medio de que se sirven. Como consecuencia, la legislación nacional no puede dejar de aplicarse a este nuevo fenómeno, ya que es plenamente compatible, no obstante que frecuentemente será necesario realizar un trabajo de actualización de la norma legal, para ajustarla a la nueva realidad tecnológica, como ha ocurrido con la Ley de Protección al Consumidor, en la que se regula expresamente algunas de las dificultades que presenta la contratación electrónica.

Además del derecho común aplicable y la ley del consumidor, se viene desarrollando una legislación especial, destinada a regular los nuevos fenómenos tecnológicos, dentro de los cuales encontramos la contratación electrónica. Así tenemos la ley N° 19.799

sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma, en que se hacen equivalentes a los documentos electrónicos con respecto de los documentos contenidos en papel, como se dijo. Esta homologación se hace también respecto de los documentos firmados electrónicamente, como los firmados olográficamente.

Dentro de la legislación nacional aplicable, como dijimos, tenemos a la Ley de Protección al consumidor, pues generalmente hay una relación de consumo, el consumidor es el destinatario final del producto (bienes y servicios), y el proveedor desarrolla esta actividad por un precio, revistiendo para este último el carácter de relación comercial, mientras que para el consumidor, una operación de naturaleza civil.

Hoy en día, la Ley de la Protección al Consumidor contempla normas expresas relativas al comercio electrónico y otras normas no especiales que por la naturaleza del acto a que se refieren son aplicables, y que pasaremos a comentar a continuación:

- a. Información. Una de las formas más efectivas de protección al consumidor es la información que imperativamente la ley obliga a los proveedores a entregar. El Consejo de la Organización para la Cooperación y el desarrollo, OECD, recomienda dentro de sus principios generales que "la protección al consumidor sea efectiva y transparente, es decir, no inferior a la otorgada a otras formas de comercio, y que existan prácticas de publicidad y marketing honestas, así como señala que la información debe ser entregada en forma clara, conspicua, certera y fácilmente accesible. Asimismo da pautas para la información

publicitaria en general, como la destinada a menores, mayores o enfermos.”²⁸ Resulta evidente que el cumplimiento de este tipo de imperativos va a contribuir a la protección de una voluntad sana idónea para la producción de efectos jurídicos, evitando vicios de configuración, otras causas de ineficacia y abusos.

a.1. Información del proveedor. Debe existir una información correcta y de fácil acceso sobre el proveedor. Esto es necesario para la correcta individualización del proveedor, indicándose su nombre o razón social, domicilio, dirección de correo electrónico, etc. En muchos casos en el ámbito de la contratación electrónica, los proveedores no están constituidos como persona jurídica, y las personas que registran los dominios respectivos suelen ser distintos del que los está explotando. En realidad la identificación del proveedor es tan importante como la del consumidor. Es importante saber donde están estas personas para responsabilizarlas en caso de que no cumplan con sus deberes de proveedor. En materia de contratación electrónica el asunto se complica, por ejemplo, respecto de la legislación aplicable; así, si yo encargo un determinado bien a Canadá, y el proveedor no cumple, ¿cuál es la solución? Los autores propugnan la *lege ferenda*, es decir, que el fuero aplicable será el del consumidor, el que podrá recurrir al juez de su domicilio.

²⁸ Silva B., Paula. Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. N°3, 2003. Pág.131.

a.2. Información del producto. La ley de Protección al Consumidor, en su texto actual, art. 1º Nº 3 inc. 3 y 4, señala lo que se debe entender por información básica comercial y las exigencias legales al respecto: *“En la venta de bienes y prestación de servicios, se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan. La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno. Respecto de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas, será obligatoria su entrega al consumidor conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden”*. Así, la ley chilena se pone “en línea” con las recomendaciones de la OECD, puesto que sugiere que la información sobre los productos y servicios debe ser “correcta y de fácil acceso que describa los bienes y servicios ofrecidos, suficiente para permitir a los consumidores una decisión informada sobre la conveniencia o no de realizar la transacción y de una manera que haga posible que los consumidores puedan tener registro de tal información”.

a.3. Información del proceso de transacción. Se refiere a información de precios, costos asociados, plazos de cumplimiento, formas de pago, modalidades, instrucciones de uso, alertas de seguridad,

instrucciones sobre políticas de retracto, garantías, etc. En estas materias, tenemos el art. 1º Nº 3 de la Ley de Protección al Consumidor, que ya comentamos, sobre la información comercial básica. El art. 12 A del mismo cuerpo legal complementa el deber de información, disponiendo lo que sigue: “En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.” Luego, esta disposición agrega que la sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor, por lo que es plenamente coherente con lo señalado anteriormente, para que el consumidor pueda consentir, y obligarse por medio de esa manifestación, debe saber sobre que recae su consentimiento. Además, y en el último inciso del artículo, el legislador obliga al proveedor a la confirmación escrita del contrato, y esto una vez perfeccionado. Dicha confirmación podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor. La confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato. Como se podrá observar, la Ley del

Consumidor, introduce normas que alteran el régimen normal de la formación del consentimiento.

a.4. Información engañosa. Se sanciona los mensajes publicitarios que produzcan confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores. Esta prohibición se relaciona con la correcta información que debe dar el proveedor al consumidor y la buena fe, cuestiones que serán de relevancia a propósito del comercio electrónico, puesto que el medio de que se sirve, se presta para entregar una información incompleta o deliberadamente errónea al cliente, esto, complementado con las dificultades que se generan por la frecuente internacionalidad de los acuerdos electrónicos.

b. Cláusulas abusivas. Se trata, como vimos, de una de las restricciones a la libertad de la voluntad de los sujetos. La ley de protección al consumidor establece una enumeración que tipifica las cláusulas que se consideran abusivas, y sancionadas por ende con nulidad. Este artículo 16, es plenamente aplicable a los contratos celebrados por medios electrónicos, de hecho será muy frecuente encontrarnos en acuerdos telemáticos que revistan esa característica. La importancia de este artículo, es que además de que trata de equilibrar los poderes de las partes en los contratos de adhesión, introduce un caso genérico de cláusula abusiva, la contraria a la buena fe, que ya comentamos suficientemente. Además, el artículo

16 A, zanja una antigua discusión, en cuanto a si se producía la nulidad del acto en forma íntegra o había nulidad parcial. Esta disposición aclaró el problema señalando: "Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración."

- b. Derecho de retracto unilateral. La Ley de Protección al Consumidor señala en su artículo 3 bis, letra b, inciso 1° y 2° que el consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato celebrado por medios electrónicos, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. El plazo para ejercer el derecho de retracto en la contratación electrónica, se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en el caso de servicios, siempre que el proveedor haya cumplido con la obligación de remitir la confirmación escrita del contrato y otras informaciones que exige el art. 12 A que ya hemos comentado. En caso contrario, este plazo se amplía.

Se criticó mucho esta disposición de la Ley del Consumidor, cuando se encontraba en la etapa de proyecto. Se señalaba, que un derecho de tal naturaleza, como el retracto unilateral sin expresión de causa, cargaba los costos al proveedor. Se estableció

expresamente para el comercio electrónico. Aún más, en los casos en que los productos y servicios hayan sido cubiertos total o parcialmente con un crédito del proveedor o de un tercero, entonces éstos se resolverán. En el proyecto se perjudicaba claramente a terceros, pero hoy, la norma definitiva señala que si genera la resolución algún gasto por el crédito otorgado por un tercero, entonces serán de cargo del consumidor.

Esta norma es bastante normal en las legislaciones americanas. Se le ha denominado “plazo de reflexión”, que es el que tiene el consumidor para arrepentirse de la adquisición de un bien o un servicio, no obstante que éste haya dado su consentimiento. Por ejemplo, en la legislación uruguaya, “puedo mandar a cancelar el débito de mi tarjeta de crédito dentro del plazo de cinco días, lo cual también puede generar inconvenientes para el otro lado, porque una cosa es una contratación celebrada en el ámbito doméstico, donde todos, se supone, conocen la Ley de Relaciones de consumo y cuando hacen una oferta fuera de su establecimiento, saben que están sujetos a esto (al igual que en Internet). Pero si alguien, no sé donde, realiza un contrato con un consumidor uruguayo, tiene este plazo de reflexión y que puede avisarle al emisor de su tarjeta de crédito que cancele el débito, lo cual genera inseguridad en la contratación, y significa un problema bastante complejo”²⁹

²⁹ Creimer Israel. Derechos del Consumidor y Comercio Electrónico. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 113.

d. Normas sobre formación del consentimiento. Como sabemos, el cuerpo legal que regula esta materia, es el Código de Comercio, y aunque sus normas se han visto en cuestión por la aparición de las nuevas tecnologías en comunicación, la verdad es que creemos que si hay que efectuar alguna modificación para adaptar el derecho clásico a la nueva realidad, es por esta vía, y no por normas especiales, como lo es la ley del consumidor. Además es del caso considerar que la técnica de este último cuerpo legal no ha sido prolija. La aparición del comercio electrónico se sustentó en la necesidad de dar mayor velocidad a las transacciones comerciales, y no es aconsejable solemnizar actos que naturalmente son consensuales, como ocurre actualmente en nuestra Ley del Consumidor. Se ha señalado que "la norma propuesta (art. 12A Ley del Consumidor) transforma en elementos de la esencia del contrato -que permiten su nacimiento- a elementos que en realidad se refieren a temas de prueba, y que debieran estar regulados por normas de información al consumidor"³⁰

Recordemos que el art. 12 A de la Ley de Protección al Consumidor señala que en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones

³⁰ Silva B., Paula. Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. N°3, 2003. Pág.134.

generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos. Supedita la formación del consentimiento al cumplimiento del deber de información.

- e. Regulación del Spam o de la publicidad no solicitada. En general el Spam se le suele vincular al tratamiento de datos personales de un individuo, en que normalmente, se infringen las disposiciones de la ley del ramo, en cuanto a su recogida, tratamiento, comunicación, etc. No obstante lo anterior, el Spam no sólo se refiere a la vulneración de la privacidad de las personas, sino que, dentro de otras cosas, condiciona la voluntad de los sujetos, creando una necesidad que antes no tenían, afectando la libertad de los mismos en cuanto a sus facultades de elegir y decidir. Muchas veces estas comunicaciones sugieren o inducen a celebrar acuerdos por medios electrónicos, sin embargo, muchas veces producen un efecto adverso dado la mala reputación del spam.

La Ley del Consumidor obliga a todo aquel que envíe una comunicación promocional o publicitaria por correo electrónico a señalar la materia o asunto sobre el que versa, identificación de quien lo envía, una dirección válida en que el destinatario pueda solicitar la suspensión de los envíos.

Una vez que se ha solicitado la suspensión, si el envío de los correos persiste, el remitente podrá ser castigado con multa de hasta 50 UTM. También se produce la infracción si el correo original no cumple con los requisitos señalados.

Este es un aspecto de la regulación de la protección al consumidor que se considera positiva, pues la masificación de la publicidad por estos medios, han generado desconfianza e inseguridad en los consumidores. La verdad es que el control efectivo de tales actividades resulta muy difícil, pero al menos se valora la iniciativa de dar un rechazo legislativo, y por ende, social, a este tipo de conductas. Ahora, el esfuerzo del legislador podría extenderse a lo que se le llama "el abuso de correo electrónico" que abandona el carácter comercial de la comunicación.

Además de todo lo indicado, el problema del Spam es que suele recoger datos de una persona, que pueden definir el perfil de la misma, sus preferencias, situación económica, etc.

- f. Cláusula de arbitraje. Se trata de cláusulas que someten a arbitraje los conflictos que surgen entre las partes, en los contratos de adhesión. Estas cláusulas son muy comunes en los contratos celebrados por medios electrónicos y por tanto le es aplicable esta norma del inc. 2º letra g del art. 16 de la Ley del Consumidor, que no distingue la naturaleza del acuerdo. La ley citada señala que será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, por vulnerar las exigencias de la buena fe en conformidad al inc. 1º de la letra g) de la Ley de Protección al Consumidor. Lo anterior se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente.

Nos parece muy útil esta cláusula, puesto que, el arbitraje frecuentemente es un instrumento de abuso que se funda en el poder económico de una de las partes, y el conocimiento legal que se tiene sobre la materia. La facultad de recurrir a la juez competente, soluciona el problema.

g. Publicidad obligatoria al oferente. La ley del consumidor dispone en su artículo 12. Que todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio. No obstante lo anterior, otras legislaciones han ido más lejos a referir este punto expresamente a la contratación electrónica. Así, en Uruguay, en el art. 14 de la Ley de Relaciones de Consumo establece que la publicidad obliga al oferente. Esto significa que el que ofrece un producto por Internet, lo hace con las características que aparece en la publicidad, y ésta obliga al oferente.

III. Regulación de Internet Como Medio para la Formación de Contratos.

1. Evolución de La Regulación sobre Internet.

En una sección anterior de este trabajo, ya señalamos que el fundamento último de la autonomía de la voluntad es la libertad de los individuos. Es precisamente esta libertad en que se ha fundamentado la regulación de Internet y de la contratación electrónica.

Hoy en día Internet, se ha constituido como uno de los instrumentos más utilizados para cerrar acuerdos en forma electrónica. La regulación de Internet, indirectamente ha influido definitivamente en las normas aplicables a la contratación electrónica.

En una primera etapa, la denominada "regulación imposible", se pensaba que los Estados no podían regular la actividad desarrollada por Internet. Los Estados, o más bien sus representantes, ejercen sus potestades dentro de un ámbito territorial, y en el caso de Internet, no hay territorio, entonces la respuesta se veía sencilla, los Estados no pueden regular Internet. La complejidad de la regulación por esta circunstancia es evidente ya que en el ciberespacio existe "un microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada"³¹ por lo que la determinación y aplicación de

³¹ Antonio Pérez L. Internet y el Derecho. Revista Iberoamericana de Informática y Derecho. d 1998 N° 19, p.722.

las normas destinadas al efecto se complica por su vocación de extraterritorialidad.

Otro punto que servía de base para postular la ajuricidad de Internet, era el tema del anonimato. Si se dictan normas jurídicas, es para ser aplicadas a casos y sujetos en concreto, y en el caso que nos ocupa, el anonimato de quienes actúan por la red de redes, impedía sancionar a quienes las infringen.

Se pensaba que "la intervención del legislador sería contraproducente para la dinámica de este proceso que está transformando radicalmente la vida y las costumbres de las personas de todo el mundo. Los Estados deben abstenerse de intervenir".³²

La posición anterior fue abandonada y surgieron visiones valorativas:

a.- Visión Optimista.

a.1. Optimismo Político.

Planteaba la imposibilidad de intervención del Estado en Internet, porque existía en una realidad distinta a la de la sociedad de la información. Se producía en todo caso una confusión, ya que no toda regulación emana del Estado.

a.2. Optimismo Económico.

Se ve como un medio para lograr la perfección de la libre competencia en sus concepciones ideales, "se pensaba que se

³² Hargian, Daniel. Incidencia del Comercio Electrónico en el Ámbito Jurídico: Planteo General. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 13

iba a asistir a un mercado libre de influencias estatales, donde la competencia llevaría realmente a una competencia eficiente; sin interferencias estatales”³³

b.- Visión Negativa o del Riesgo que Representa Internet.

Algunos de los productos desarrollados por la informática y traficados por Internet han sido considerados como altamente peligrosos como el software de descriptación de programas. Además se pensó que Internet era un medio peligroso, por cuanto se podía encontrar información y declaraciones nocivas para los valores que un determinado país predicaba.

Vistas someramente estas visiones, creemos oportuno señalar que no es posible identificar la actividad con regulación, así el contrato es una fuente de creación normativa donde los sujetos construyen su propio ámbito normativo, sin intervención del Estado; luego éste transforma los preceptos privados en verdaderas normas jurídicas. Hay aquí una autorregulación que emerge como fuente de regulación de primer orden o de primera importancia en Internet.

En un comienzo, se señaló que la libertad era el fundamento de la regulación de la contratación electrónica y de su medio preferente, que es Internet. Dijimos que esta libertad no la podemos identificar con una ausencia de regulación. No se trata de una dimensión negativa de libertad, sino de una positiva, creada por la sociedad y las normas jurídicas, libertad como posibilidad de hacer algo.

³³ Caffera, Gerardo. Regulación del Comercio Electrónico n Internet. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág 46.

En un comienzo y a propósito de la regulación del comercio electrónico, existió una primera etapa en que primó la autorregulación a través del intercambio electrónico de datos (EDI), que requería de ciertos acuerdos previos para su desarrollo en un determinado ámbito de actividad. Con el desarrollo del comercio electrónico, se superó el sistema del *electronic data interchange*, puesto que por medio de simples comunicaciones electrónicas se inicia y cierra una operación, haciendo inaplicables los consensos preparatorios. Superado lo anterior se empezó a plantear la idea de que la autorregulación no era suficiente, concluyendo que si era deseable una regulación, pero de "mínimos" o de "mínima intervención".

Hoy en día, se ha llegado a una concepción de equilibrio. En el año 1997, en Estados Unidos se planteó la idea que la regulación debía estar entregada al sector privado. No le estaba prohibido al Estado ingresar, pero si lo hacía era con fines distintos a la regulación, era con un objetivo de asegurar ciertos valores.³⁴ En el plano europeo, se establece la idea de eliminar obstáculos que entorpezcan la libertad de establecimiento y la circulación de los servicios.³⁵ Además, en este mismo ámbito regulatorio, se establece el principio de la "no autorización", según el cual los proveedores de servicios de la sociedad de la información, y dentro de éstos, los relacionados con la contratación electrónica, no necesitan autorización previa para realizar la actividad que le es propia. Se establece en forma categórica, que la legislación de los Estados miembros no puede entorpecer la celebración de contratos por medios electrónicos.

No obstante lo dicho anteriormente, existen ciertas materias en que hay consenso en la necesidad de regular. Podemos mencionar el caso de los contenidos ilícitos, ya que, en general, los

³⁴ A Framework for Global Electronic Commerce. Administración Clinton, 1997.

³⁵ Directiva 2000/31/CE.

proveedores de servicios de mera transmisión no son responsables por los contenidos transmitidos o almacenados. Este punto solo toca tangencialmente a la contratación electrónica, y dependerá de los objetos de contratación.

Respecto de la fuente de la regulación, se ha discutido si ésta debe ser internacional o interna, en el caso en que se deba regular por parte del Estado. Por un lado, Internet excede las fronteras de los países, por lo que podría sostenerse que la regulación debe necesariamente ser de fuente internacional. Por otro lado, la dificultad y tiempo que se debe invertir para la redacción de este tipo de normas, ha llevado los Estados a conducir ellos mismos, en una perspectiva interna, la regulación que comentamos.

2.- Avances en la regulación.

Internet como medio preferente para la ejecución de los actos sobre los cuales versa el comercio electrónico, ha tenido experiencias regulatorias en varios aspectos. Veamos los casos más importantes:

2.1. El Documento y la Firma Electrónica. Uno de los casos más ejemplares, es la equiparación del documento físico al electrónico, como se comentó. El documento electrónico está íntimamente relacionado con Internet, que es su medio preferente de transmisión; y por esa vía el comercio electrónico encuentra un modo de concreción.

Junto al documento electrónico, se ha tratado en forma conjunta por los legisladores, el tema de la firma digital, las entidades

certificadoras, la identificación de los emisores de los documentos, cuestiones de privacidad e inalterabilidad de los mensajes.

2.2 Internet y Derechos Fundamentales. Otro aspecto que ha preocupado a los intentos regulatorios, son los derechos fundamentales que pueden verse afectados en el comercio electrónico o en Internet. Ejemplos de lo anterior, son el derecho a la propia imagen, la reputación, el honor, la privacidad, etc.

En 1998 se desarrolló el Coloquio Internacional sobre los Derechos del Hombre y las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, donde se afirmaba que si entendemos que la libertad de expresión es un derecho; la protección de la vida privada y de aquellos que se encuentran en un plano de desigualdad son deberes que también hay que asegurar, sobre todo en el medio de Internet. Se pretendía que se conjugarán las nuevas tecnologías con los derechos del hombre, para lograr equilibrios en un espacio público y privado, entre lógica del mercado y la del interés general; entre lo local y lo universal. Sobre este sustrato jurídico se desarrolló el comercio electrónico.

Existe pleno consenso en que debe protegerse vía regulación, la intimidad de las personas que puede verse afectada por las comunicaciones sobre medios como Internet. Una de las realidades que más ha preocupado a los comentaristas, es la protección de los usuarios frente a su acumulación de sus datos por parte de empresas vendedoras o prestadoras de servicios. Incluso, la acumulación de datos parciales de los clientes en virtud de distintos procesos de adquisición de bienes o servicios. El problema que mediante esta acumulación de datos puede dar lugar a la formación de perfiles completos de las personas titulares de la información. Es un efecto indeseado de la operación de la voluntad en el mundo virtual.

Por ejemplo, al manifestarse voluntad en un contrato derivado de la adquisición de un bien en una tienda virtual, se suelen recoger un listado impresionante de datos personales del usuario. Al celebrar el contrato, no sabemos a ciencia cierta el destino de esa información.

Un efecto nocivo relacionado con la acumulación, tratamiento y comercialización ilegítima de datos personales, es la denominada "publicidad segmentada". Por ejemplo "una persona que lee habitualmente un determinado diario a través de Internet, y como a través de las bases de datos se conoce que tiene dos hijos en edad escolar, y que acaba de mudarse para otro barrio, en los meses previos al comienzo de las clases recibe publicidad sobre un colegio que está ubicado en las inmediaciones de su nueva casa."³⁶ Esto no es mera casualidad, y puede vulnerar la privacidad del sujeto titular de los datos. Incluso, piénsese en una persona alcohólica, y en vez de mandarle publicidad de un colegio, se le envía publicidad de una línea de licores, que continuará deteriorando su salud. En general, los Estados se han preocupado de reglar esta materia, en cuanto a la necesidad del consentimiento previo del titular de los datos para su captación y tratamiento, la información acerca de los fines para los cuales se recaban los datos, el derecho de acceso, a la rectificación, eliminación, la restricción en la enajenación de las bases de datos, etc. En Chile se reglamenta esta materia por la Ley de Protección de la Vida Privada o Tratamiento de Datos Personales.

Otra materia en que se ha avanzado es en la regulación de los mensajes publicitarios no deseados o "spamming". Complementando lo dicho en el capítulo anterior, la Directiva 2000/31/CE del 8 de Junio de 2000 se preocupa de esta materia, disponiendo en su art. 7º (que ha sido recogida por diversas

³⁶ Hargian, Daniel. Incidencia del Comercio Electrónico en el Ámbito Jurídico: Planteo General. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 27

legislaciones) que deben identificarse con claridad las comunicaciones comerciales no deseadas e impone a los emisores las denominadas listas de exclusión voluntarias para no continuar siendo los destinatarios objeto de estas comunicaciones en el futuro. "Estas listas *Opt-Out* son un mecanismo por el cual las personas pueden auto excluirse de los sistemas de transmisión de información que ellos entiendan que pueden, de alguna manera, su privacidad".³⁷

Uno de los instrumentos jurídicos que más ha tratado la protección de los individuos frente a la utilización de las nuevas técnicas como medio de generar obligaciones, es el derecho del consumidor, que ya hemos tratado suficientemente respecto de la ley chilena, y en unas líneas más, desde una perspectiva más universal.

Por otra parte, parece de extrema relevancia la determinación del "contenido esencial" de cada derecho fundamental potencialmente agredido y tener presente los eventuales "conflictos" de derecho para lograr un coexistencia armónica de los mismo, cuando hablamos de actividades en la red de redes, en particular, a propósito del comercio electrónico.

Los derechos que pueden verse afectados con el comercio electrónico son básicamente la libertad de información, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, el derecho a la reputación, los derechos de la personalidad, la inviolabilidad de la correspondencia, derechos de autor, entre otros. Luego de esta enumeración cabe preguntarse cuál es el contenido esencial de estos derechos y la generación de conflictos entre ellos. En la moderna jurisprudencia, se ha estado cambiando el prisma con que se miraba el problema; en vez de conflictos de derechos, se trataría más bien de

³⁷ Caffera, Gerardo. Regulación del Comercio Electrónico en Internet. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 53.

una coordinación de derechos, abandonando la teoría de los límites de los mismos en cuanto unos deben ceder ante otros. Por ejemplo, si se ejercita legítimamente la libertad de información, nunca se lesiona el honor, por tanto, no hay conflictos. "El tema de la delimitación del contenido del derecho resulta fundamental a la hora de ver el eventual conflicto de estos derechos fundamentales...frente a otros derechos que puedan ejercitarse en el caso del comercio electrónico, como la libertad de la industria y comercio, u otros derechos reconocidos en la constitución"³⁸

En cuanto a la libertad de información (art. 19 N° 12 de la Constitución Política de la República de Chile y el 19 de la Declaración Universal del los Derechos Humanos), debemos entenderla en un sentido amplio, es decir, la libertad de difusión, como el acceso a la información, interpretación que estaría más acorde a la realidad de las nuevas tecnologías de la información. El ejercicio de esta libertad podría afectar nuestro derecho al decoro (art. 19 N° 4 y 12 CPR) y el derecho a la inviolabilidad de toda comunicación privada (art. 19 N° 5 CPR). Lo anterior entronca con el derecho a la privacidad (proveniente de la jurisprudencia norteamericana), que ha debido ampliar sus límites debido a la actividad informática. Otro derecho que puede verse afectado, es el de la propia imagen, muy desarrollado en la jurisprudencia alemana y que consiste en la potestad de impedir que un tercero la capte o difunda, y de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico.

El respeto de los derechos indicados, resulta muy importante en tiempos en que las tecnologías de la información y comunicación imponen la necesidad de renunciar a ciertos derechos, a riesgo de quedar aislados. Por ejemplo, al celebrar un acuerdo por

³⁸ Balarini, Pablo. Derechos Fundamentales de los Individuos y Comercio Electrónico. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003. Pág. 101.

medios electrónicos, casi siempre salen de nuestra intimidad (privacidad más propiamente), ciertos datos que se nos exige comunicar. Además será necesario que el derecho provea los mecanismos necesarios que reaccionen eficazmente ante las infracciones producidas a los derechos fundamentales en comento, por ejemplo el habeas data, para corregir el mal uso, falta de actualidad, de exactitud o veracidad de los datos recogidos.

Por último, como habrá de sospecharse, la propiedad intelectual se ve severamente atacada a propósito del comercio electrónico y el uso de Internet. Pensemos en las comunidades donde se comparten desarrollos propietarios, softwares con acceso restringido, fotografías, películas, etc; las facilidades de copia de datos, los sistemas de compartimiento p2p, etc. Tanto es el conflicto que se ha generado, es que se han posicionado dos corrientes filosóficas sobre la ética del compartimiento del conocimiento; la que defiende la libertad del conocimiento (en materia de software es el denominado *open source*) y la que defiende a ultranza el derecho de autor (software propietario).

2.3. Derecho de los Consumidores y Regulación de Internet.

En lo relativo a la defensa de los consumidores, La directiva europea mencionada toma ciertas medidas que en el fondo es una aplicación adaptada sobre la materia. Los proveedores deben cumplir con un deber de información amplia al consumidor, como señalar su ubicación geográfica, datos del proveedor, etc. Las comunicaciones publicitarias deben ser claras y determinada la persona que las emite.

En lo atinente a la formación de los contratos celebrados por medios electrónicos, se establece un deber de información clara

acerca de los pasos técnicos para formar el contrato, los idiomas disponibles para el contrato, posibilidad de modificación, etc.

Lo descrito anteriormente, esto es, lo relativo a la protección del consumidor, no sólo es un fenómeno observado a nivel europeo, ya que en Estados Unidos tenemos la Electronic Signatures in Global and National Commerce Act., del año 2000. El proveedor deberá informar al consumidor si es posible celebrar el contrato por medios no electrónicos, informar acerca los requerimientos de software y hardware, autorización para recibir información comercial por vía electrónica, etc.

Otro punto que debe ser objeto de regulación, y en el hecho lo ha sido, es la protección de la privacidad de los usuarios. Se vincula con una regulación de comunicaciones comerciales no deseadas, y que como hemos visto, ya se han hecho los primeros intentos en nuestro país.

Como puede observarse, la regulación que se ha propuesto, en lo relativo a la contratación electrónica, tiende a reestructurar la fuerza de la voluntad, en el sentido del intento de proteger al más débil o más vulnerable, en cuanto a que los que detentan el poder económico o un conocimiento específico, no abusen de esta posición.

IV. CONCLUSIONES.

La innovación radical que ha traído la aplicación de las nuevas tecnologías a nuestra sociedad, no se refleja en el mismo grado a propósito de la contratación electrónica y a al rol de la voluntad en la formación de contratos en el mundo virtual.

Después de desarrollar este trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Si bien el comercio electrónico ha ayudado a desarrollar los negocios entre empresas, ha bajado los costos de las transacciones, ha mejorado la eficiencia de la producción, etc. la verdad es que estas circunstancias han determinado la existencia de ciertos rasgos que complican la regulación de la actividad, como la internacionalización de las transacciones que ordinariamente se reservaban para el ámbito nacional, y el anonimato de los actores virtuales.
- Se han planteado formas novedosas de formación del consentimiento. Así en los negocios B2C, la voluntad del empresario no es coetánea a la del consumidor, pero entendemos que hay una manifestación previa, lo que permite que una vez declarada la voluntad del cliente, se forme el consentimiento. En los negocios uno a uno, no nos apartamos de lo que sucede en el mundo no virtual. Donde podemos tener más problemas es en los negocios C2C y en los e-market places, donde la automatización de las respuesta ha hecho dudar de si

se ha formado efectivamente el consentimiento. Pero no obstante lo anterior, las reglas de formación del consentimiento no se han visto alteradas; lo que sí los operadores jurídicos han debido realizar una buena labor interpretativa para poder resolver estas figuras mediante la aplicación de la normativa tradicional.

- Ha surgido una nueva normativa que ha tendido a solucionar algunos de los problemas que mencionábamos. Se trata de la legislación de protección al consumidor. Comentábamos en el cuerpo de este trabajo, las modificaciones a las reglas de la formación del consentimiento, en cuanto a la obligatoriedad de las ofertas indeterminadas.
- Las nuevas tecnologías han planteado la necesidad de revisar el sistema con que se enfrentó el tema de la formación del consentimiento. Así hablamos si en el mundo virtual las ofertas eran entre ausentes o escritas, o por el contrario, si estábamos en presencia de ofertas entre presentes. Estimamos que se estaría ante una presencia "virtual" en los casos en que la tecnología permita dar respuestas inmediatas y las partes así lo hagan. Naturalmente, también hay ofertas entre ausentes, como los contratos formados por comunicaciones del correo electrónico.
- Un punto negativo respecto de la nueva regulación del Derecho del Consumidor, son algunas reglas que han alterado la formación del consentimiento en contratos consensuales, exigiendo ciertas formalidades adicionales para su perfeccionamiento.
- Uno de los principales puntos tratados en este trabajo fue el tema de la libertad contractual y las amenazas que sufre a propósito de la contratación electrónica. La verdad es que siempre es criticable establecer sistemas que alteren la igualdad de las partes para determinar si contratan y sobre qué va a

versar el contrato. No obstante, el proceso de "deshumanización" de los contratos parece inevitable, por una cuestión de volumen y frecuencia. Esto se ha visto aumentado por la utilización de los medios electrónicos y automatizados. Ante esta realidad, el derecho de protección al consumidor, se ha preocupado de declarar nulas las cláusulas que se estiman abusivas en el ámbito de los contratos de adhesión.

- En cuanto a la determinación del objeto o partes sobre los cuales se quiere contratar, tenemos una serie de medidas adoptadas por la Ley del Consumidor, que tienden a protegerlo, pero que además aportan claridad y definición de los objetos contratados. Nos referimos básicamente a la información necesaria de que debe disponer el consumidor para contratar con seguridad. Esto es muy importante, a propósito de la contratación electrónica, pues se complica la posibilidad de aplicar sanciones para los proveedores infractores.
- Tratándose de los vicios que afectan la validez de los actos jurídicos, nos encontramos que la nueva realidad virtual no ha alterado la normativa general, pero han generado algunos problemas de certeza y prueba. Por eso se postula lo conveniente de sujetarse a elementos objetivos en la declaración de voluntad, esto es, a la voluntad declarada.
- En la parte final de nuestro trabajo, examinamos la regulación de Internet como medio para la formación de acuerdos jurídicos. Sabido es que han existido distintas posiciones al respecto, desde aquellos que apuntan a la ajuricidad de Internet, hasta aquellos que impulsan la regulación específica del medio. Pensamos que el camino adoptado en la Comunidad Europea es el correcto, esto es, asegurar la libertad de los individuos, con una intervención mínima del Estado, en los casos que sea necesario, como la protección al consumidor.

- Resulta muy relevante otorgar garantías efectivas ante la creciente vulneración de derechos fundamentales, infracciones que se sirven de las nuevas tecnologías, Internet, las nuevas utilidades, etc. para concretar sus finalidades.

V. Glosario de términos y siglas.

1.-Contratación Electrónica. Celebración de todo clase de contratos, cualquiera sea su nombre o su objeto, por medios electrónicos.

2.-Comercio Electrónico. Nueva forma de comercialización automatizada de bienes y servicios.

3.-Negocios punto com. Tiendas virtuales, o sea, un sitio web determinado que ofrece la venta de bienes y servicios a consumidores.

4.-Negociaciones uno a uno. Significa que existe un contacto directo entre las partes contratantes.

5.-E-Market places. Negocios entre empresas, sujetos a reglas determinadas.

6.-C2C. Consumer to Consumer o negocios entre consumidores

7.-B2C. Business to Consumer o negocios entre empresa y consumidores

8.-B2B. Business to Business o negocios ente empresas.

9.-EDI. Electronic Data Interchange., se refiere al comercio electrónico entre empresas por medio de redes cerradas.

10.-OECD. Consejo de la Organización para la cooperación y el desarrollo.

11.-SPAM. Publicidad no solicitada.

12.-Internet. Red de redes

BIBLIOGRAFÍA.

1.-Ducci, Carlos. Teoría de los Actos Jurídicos. Santiago, 1984. Editorial Jurídica de Chile.

2.- A. Alessandri – A. Vodanovic. Curso de Derecho Civil. Santiago, 1961. Nacimiento.

3.- Abeliuk, René. Las Obligaciones. Tomo I. Santiago, 1993. Editorial Jurídica de Chile.

4.- López Santamaría, Jorge. "Los Contratos. Parte General". Santiago, 1998. Editorial Jurídica de Chile.

5.- Silva B., Paula. Autonomía de la Voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. Nº 3, 2003.

6.-SANDOVAL, LÓPEZ. "Contratos Mercantiles". Santiago, 2003. Editorial Jurídica de Chile.

.

7.- Téllez Valdes, Julio. Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico, X Congreso Iberoamericano de Derecho Informático. LOM Ediciones, Septiembre 2004.

8.- Hargai, Daniel. Incidencia del Comercio Electrónico en el Ámbito Jurídico. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

9.- Lorenzetti, Ricardo. Las Normas Fundamentales del Derecho Privado. Rubinzal-Culzoni. Santa fe

10.- Leopoldo González-Echeñique. "Estudio de la Directiva y del Real Decreto-Ley de 17 de Septiembre de 1999 sobre firma electrónica" en Derecho de Internet, año 2000.

11.-Sandoval, Ricardo. Derecho del Comercio Electrónico. Santiago 2003.Editorial Jurídica de Chile.

12.-Creimer Israel. Derechos del Consumidor y Comercio Electrónico. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

13.-Caffera, Gerardo. Regulación del Comercio Electrónico n Internet. Comercio Electrónico. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

14.-Código de Comercio.

15.-Ley Nº 19.496 del 7 de marzo de 1997 "Protección de los derechos de los consumidores".

16.-Ley Nº 19.955 del 14 de octubre de 2004 "Modifica la ley Nº 19.496".

17.- Ley Nº 19.799 del 12 de abril del 2002 "Documentos electrónicos; Firma electrónica; Certificación de firma electrónica".

