

### 5.3.3. Otras causas

(muerte, incapacidad sobrevenida y quiebra del oferente)

La CV deja hasta las anteriores las causas reguladas de extinción de la oferta. Nada se dice, en consecuencia, respecto de causas tradicionalmente determinantes de caducidad en muchos derechos no uniformes, como son la muerte y la incapacidad sobrevenida. Este silencio legislativo significa uno de estos dos extremos, respecto de los cuales la doctrina se divide: o que la cuestión queda regida por el ordenamiento nacional que resulte aplicable, o que no hay más causas de caducidad que las expresamente comprendidas en la CV. (A favor de la segunda posibilidad, Luis Díez-Picazo<sup>54</sup>, de la primera, Bernard Audit<sup>55</sup> y María del Pilar Perales<sup>56</sup>).

En el régimen no uniforme, la caducidad de la oferta por estas causas es una consecuencia natural de la doctrina general que sigue nuestra ley: si la oferta no obliga, nada puede transmitir el oferente a sus herederos. Ahora, es claro que si ése es el fundamento, se plantea el problema, ni legal ni jurisprudencialmente resuelto, de saber si la caducidad ocurre igualmente en las ofertas que, excepcionalmente, sí eran obligatorias para el proponente, esto es, aquéllas respecto de las cuales carecía de la facultad de retractarse. En favor de la caducidad pudiera esgrimirse el argumento de no distinción (esto es, si la ley no distingue entre diversas clases de ofertas al establecer su caducidad, no debe interpretativamente distinguirse tampoco y, por tanto, caducan todas las ofertas). En contra de la caducidad pudiera estructurarse un razonamiento *a pari ratione*, pero invertido –es decir, si no existe el mismo fundamento de falta de obligatoriedad, no puede aplicarse la misma norma de caducidad–, además de otros en el terreno del Derecho Comparado<sup>57</sup>.

Finalmente, la hipótesis de la quiebra suscita unanimidad doctrinal entre los teóricos de la CV: debido a su complejidad técnica y a las profundas diferencias de trato jurídico, no queda regida por la CV, y su regulación en relación con la vigencia de las ofertas realizadas por el fallido queda entregada a lo pactado por las partes o al Derecho nacional que resulte aplicable<sup>58</sup>. Para la que consideramos la mejor doctrina nacional, la oferta no caduca por la quiebra<sup>59</sup>, por lo que habría que entender lo mismo respecto de la oferta internacional.

<sup>54</sup> Díez-PICAZO (n. 4), p. 180.

<sup>55</sup> AUDIT (n. 3), p. 62.

<sup>56</sup> PERALES VISCASILLAS (n. 15), p. 470. Esta autora, sin embargo, realiza una argumentación sobre la base de la continuidad de la empresa, luego de la muerte o incapacidad del gerente. Olvida que, por definición, estos dos supuestos no se aplican sino a personas naturales.

<sup>57</sup> Así, LEÓN HURTADO (n. 2), p. 82.

<sup>58</sup> PERALES VISCASILLAS (n. 15), p. 475.

<sup>59</sup> LEÓN HURTADO (n. 2), pp. 82 y 83.

## ASPECTOS ESPECIALES EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Ruperto Pinochet Olave

### RESUMEN

El presente trabajo trata algunos aspectos especiales –en comparación a la contratación clásica– que pueden apreciarse en la formación de los contratos electrónicos. Se ocupa de ofrecer un concepto de “contratos electrónicos” haciendo énfasis en el carácter instrumental del mismo. Finalmente se concluye que tiempo y distancia son conceptos calificadamente relativos en el espacio y tiempo virtuales, y que la forma electrónica seguramente sobrepasará rápidamente –por sus mismas posibilidades– su función inicial de constituir un medio de transmisión de la voluntad entre personas distantes físicamente para convertirse en una formato utilizable y preferible incluso entre personas que se encuentren en el mismo lugar.

### I. INTRODUCCIÓN

La sociedad de la información<sup>1</sup> es una forma de entender la cultura, en la que la información, antes escasa, se encuentra hoy a disposición de la gran mayoría de las personas, prácticamente en forma gratuita y, además automatizada, lo que permite analizar y seleccionar los datos que se requieren entre una enorme oferta informativa de ámbito mundial en cuestión de minutos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Carlos LESMES SERRANO, “Las nuevas tecnologías y la administración de justicia. La ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, p. 371, prefiere denominarla sociedad del conocimiento, por la que entiende: “aquella en que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que ésta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública”.

<sup>2</sup> En tal sentido, José Antonio GÓMEZ SEGADÉ, “El comercio electrónico en la sociedad de la información”, en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000,

Para comprender la magnitud del fenómeno se afirma que en los últimos cinco años se ha generado más información que en los cinco mil años anteriores, lo que equivale a casi toda la historia de la humanidad, y que la información generada se duplica cada cinco años<sup>3</sup>.

Los elementos que han posibilitado la entrada en esta nueva era del conocimiento han sido en primer término la informática, disciplina que a través de la invención y desarrollo de los computadores ha permitido el tratamiento automatizado de datos y, en segundo término, el desarrollo de las telecomunicaciones, elemento que ha permitido la interconexión de millones de computadores en el ámbito mundial posibilitando la creación de Internet<sup>4</sup>.

La informática en forma aislada no puede ser considerada como un fenómeno que haya generado una revolución de carácter global y de consecuencias históricas, como la creada por la sociedad de la información, sin embargo, es el antecedente primero e indispensable, sin el cual no hubiera podido producirse. El elemento que claramente detonó el inicio de la mencionada sociedad del conocimiento<sup>5</sup> y, aun, considerando la importancia en el desarrollo de otras tecnologías, fue la invención y puesta en práctica generalizada de Internet<sup>6</sup>, creación que ha tenido como antecedentes indispensables, a su vez, a la informática y a las telecomunicaciones<sup>7</sup>.

Paloma Llana González explica que Internet es una red gigante que interconecta innumerables pequeños grupos de redes de computadores conectados, a su vez, entre sí. Algunas redes son cerradas, pero la gran mayoría

p. 22, señala que: "La sociedad de la información, por un lado supone un paso gigante hacia una mayor disponibilidad de información, permitiendo un rápido y fácil acceso a una ingente cantidad de datos. Y por otro lado implica la aparición de un mercado virtual...".

<sup>3</sup> LESMES (n. 1), p. 371.

<sup>4</sup> Desde otro punto de vista, aunque directamente relacionado con el que proponemos, GÓMEZ SEGADÉ (n. 2), p. 23, señala que los tres cambios tecnológicos decisivos para la aparición de la sociedad de la información: "han sido el creciente uso de información en forma digital, el incremento vertiginoso de las redes electrónicas y la creación de la telaraña mundial (World Wide Web...)"

<sup>5</sup> Vide Santiago MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red: poder y Derecho en Internet*, Madrid, Editorial Santillana, 2000, p. 19: "Internet tiende, además, a convertirse en el centro de la sociedad de la información. No sólo en su símbolo más característico sino también en el lugar de encuentro de todas las tecnologías básicas de la información y la comunicación".

<sup>6</sup> En tal sentido señala MUÑOZ MACHADO (n. 5), p. 17: "Porque, en efecto, siendo importantes todos los cambios en el sector de las telecomunicaciones y el audiovisual, ninguno ha generado a su alrededor tanta mitología, tanta ilusión empresarial, ciencia ficción entre los usuarios ensoñadores, ni sensación de cambio de época tan rotundo y apasionante como Internet".

<sup>7</sup> Javier DE ANDRÉS BLASCO, "Internet", en *Cuadernos del Senado*, Madrid, Secretaría General del Senado, Serie Minor, 1999, p. 17, en igual sentido atribuye a la informática y a las telecomunicaciones el desarrollo de Internet, el cual es, a su vez, el elemento desencadenante que da inicio a la sociedad de la información.

están conectados a través de redes, que están, al mismo tiempo, conectadas a otras redes, de manera que cualquier computador perteneciente a una de ellas puede conectarse con cualquier otro que pertenezca a cualquiera de las redes interconectadas<sup>8</sup>, en tanto que para Santiago Muñoz Machado<sup>9</sup>, es la infovía, la gran telaraña mundial, en suma, un acontecimiento tecnológico y cultural extraordinario que ha revolucionado casi todas las estructuras tradicionales de la vida. Éste es, además, el marco cultural que posibilitó la aparición de los denominados contratos electrónicos, los que pueden ser celebrados por personas en los lugares más distantes del mundo, sin necesidad de recurrir a la figura de la representación, en cuestión de segundos, suscribirlos y enviar copias simples o certificadas de los mismos a cuantos lugares se requiera, nuevamente necesitando para ello escasos segundos o minutos.

## 2. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA NOCIÓN DE CONTRATO ELECTRÓNICO

Antes de entrar al tema central de este trabajo, y siempre que abordamos la temática referida a los contratos y las nuevas tecnologías, acostumbramos a efectuar la siguiente prevención.

Ella consiste en destacar que el concepto de contrato electrónico se explica, más que por la existencia de una nueva categoría contractual con una naturaleza ontológica jurídica propia, por la necesidad, eminentemente transitoria, de estudiar un fenómeno que, por nuevo, requiere de trabajos de adaptación por parte de la dogmática jurídica tradicional.

Lo que decimos es que, en principio, no creemos en la aparición de una nueva clase de contratos justificada sólo por el medio de comunicación utilizado para la expresión de la voluntad –de ser así existirían contratos telefónicos o telegráficos–, como tampoco se propugna el reconocimiento de nuevas categorías contractuales sólo en virtud del medio de archivo o suscripción

<sup>8</sup> Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Internet y comunicaciones digitales*, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 2000, p. 36.

<sup>9</sup> En tal sentido señala MUÑOZ MACHADO (n. 5), p. 17: "Internet es un acontecimiento tecnológico y cultural extraordinario. Permite la integración potencial de textos, imágenes y sonidos en un mismo sistema que puede ser interactuado desde infinidad de puntos situados en cualquier lugar del mundo. Se puede, además, elegir el tiempo en que se desea actuar (real o demorado). El vehículo que permite este tráfico es una red extendida por toda la tierra, compuesta de múltiples fragmentos conectados entre sí (cables telefónicos, figuras ópticas, ondas de radio, conexiones vía satélite y líneas submarinas). Es la infovía, la gran telaraña mundial, como habría que traducir literalmente el nombre inglés de la más importante de sus aplicaciones: World Wide Web (WWW)".

documental –de ser así, hubiera de haber sido reconocida la categoría de contratos papel–, distinción que como se comprenderá no parece razonable y se estima que en el momento en el que en la gran mayoría de los contratos intervenga algún elemento de naturaleza electrónica, ya sea porque la voluntad ha sido expresada por medio de sistema digital o electrónico de telecomunicaciones<sup>10</sup>; ya sea, porque ha sido almacenado en soporte informático, ya sea, porque ha sido suscrito electrónicamente no tendrá sentido hablar de contratos electrónicos, sino que sólo de contratos –probablemente– la clase más usual de contratos que se celebrarán en el futuro.

Con todo, advertimos la necesidad, por un tiempo, de recurrir al concepto de contrato electrónico con el propósito de ocuparnos de los aspectos que puedan parecer novedosos en relación con las formas contractuales clásicas como, por ejemplo, el tratar de determinar los aspectos especiales que pueden apreciarse en la formación de un contrato electrónico.

### 3. QUÉ ENTENDEMOS POR CONTRATO ELECTRÓNICO

Delimitar lo que debe entenderse por contrato electrónico no es una cuestión fácil, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un concepto cuyos componentes tecnológicos se encuentran en permanente evolución, y sobre el cual, según hemos dicho, puede, incluso, dudarse de su existencia o utilidad como categoría conceptual autónoma.

Dada la fuerte carga de componentes tecnológicos del concepto de contrato electrónico y la rapidez con que evoluciona la tecnología se ha considerado aconsejable, a la hora de trabajar con conceptos jurídicos que se relacionan con la técnica y sus avances, tener en cuenta el denominado *principio de neutralidad tecnológica*<sup>11</sup>, según el cual debe intentarse hacer las menos

<sup>10</sup> Al referirnos a contratos transmitidos electrónicamente nos estamos refiriendo a aquellas formas comprendidas dentro de la categoría de nuevas tecnologías de la información. Esto es, aquellas formas que partiendo de la informática utilizan Internet como medio de comunicación. Estos medios son, básicamente el correo electrónico, la WWW, el chat, las reuniones o conferencias, la videoconferencia y la telefonía.

<sup>11</sup> Rafael ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 51, explica el denominado principio de neutralidad tecnológica como: “la aptitud de las nuevas normas disciplinadoras del C-E (comercio electrónico) para abarcar con sus reglas no sólo la tecnología existente en el momento en que se formulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación. Ello, obviamente, en un horizonte cronológico razonable... Las normas reguladoras del C-E y sus contratos han de resultar aplicables al C-E y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para a práctica de los intercambios comerciales a través del soporte electrónico. Aplicables además, no sólo a las

remisiones posibles a aspectos técnicos con la finalidad de que la normativa no quede obsoleta rápidamente junto con la tecnología existente al tiempo de su entrada en vigor<sup>12</sup>.

Según Miguel Ángel Davara contrato electrónico o contratación electrónica es: “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”<sup>13</sup>.

En un sentido similar entienden la noción diversos autores<sup>14</sup>, concluyendo que cualquier contrato celebrado a través de medios electrónicos es un contrato electrónico. Lo importante, en consecuencia, es que la voluntad haya sido exteriorizada por cualquier clase de medios que puedan calificarse de electrónicos lo que conllevará como consecuencia natural la posibilidad de archivo y transmisión electrónica del mismo.

Como puede apreciarse, el elemento común para atribuir el carácter de electrónico a un negocio jurídico se refiere a la circunstancia de que el consentimiento se haya formado por medios electrónicos, distinguiéndose también otro elemento, ésta vez no con carácter de esencial sino accidental, que se refiere a la posibilidad de archivo y transmisión del contrato por medios electrónicos o telemáticos.

A pesar de la aparente unidad de criterios la doctrina reconoce al menos dos acepciones asociadas a la noción<sup>15</sup>: una acepción más amplia, que es capaz

tecnologías actuales sino también a las futuras: tanto, así pues, a las que se apoyan en el uso de cable como a las que prescindan de él, tanto a las que emulan el documento escrito cuanto a las biométricas por citar las más conocidas”. Tal principio se encuentra recogido también en el artículo 1 de nuestra ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos y firma electrónica, que dispone en su inc. 2°: “Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel. Toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados”.

<sup>12</sup> La norma jurídica debe procurar cierta permanencia en el tiempo y no puede fluctuar junto a los vaivenes sociales y la vertiginosa velocidad de los avances tecnológicos, bajo el riesgo de comprometer gravemente los niveles de seguridad jurídica que son exigibles a todo ordenamiento jurídico.

<sup>13</sup> Miguel Ángel DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Informático*, 3ª ed. revisada y puesta al día, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, p. 189.

<sup>14</sup> En un sentido similar Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado en Internet*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, p. 289; Miguel Ángel MORENO NAVARRETE, *Contratos electrónicos*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999, p. 34; Ana María SANZ VIOLA, “Contratación electrónica”, en *Actualidad Civil*, N° 18, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, p. 646; Carlos VATTIER FUENZALIDA, “En torno a los contratos electrónicos”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1999, p. 78.

<sup>15</sup> VATTIER (n. 14), p. 78, señala que los contratos electrónicos pueden ser de dos clases: “según se entiendan estos medios en sentido amplio o en sentido estricto”.

de comprender dentro del concepto los contratos celebrados por medio del teléfono, del télex y del fax, y una más restringida<sup>16</sup>, que excluye tales medios de comunicación y sólo considera admisible dentro de la categoría aquellos contratos celebrados por Internet.

No obstante, debe considerarse que en la actualidad los medios de comunicación que hemos calificado de 'tradicionales' como el teléfono, el fax o la televisión han digitalizado sus procesos y muchas veces su transmisión se produce digitalmente y por Internet, medio que pareciera se constituirá rápidamente en el futuro en la regla general de transmisión, incluso, para tales medios considerados clásicos.

Con todo, y sólo para efectos de nuestro análisis, limitaremos el concepto de contratos electrónicos a aquellos celebrados a través de Internet, por ser ése verdaderamente el punto de interés desde la perspectiva del estudio de la formación del contrato.

#### 4. ALGUNOS ASPECTOS ESPECIALES EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Desde hace algún tiempo venimos afirmando que la nueva realidad contractual electrónica, sin desnaturalizar la teoría general del contrato, admite el estudio de ciertos factores que pueden verse alterados o afectados con la reciente tecnología de transmisión, soporte, suscripción y archivo de datos.

Entre nosotros, Eugenio Gaete<sup>17</sup> sostiene que el contrato electrónico produce importantes cambios –debido a la realidad virtual en que se desarrolla–,

<sup>16</sup> En tal sentido Ángel FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, "Aspectos fundamentales de la contratación electrónica", en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2001, p. 263, señala que: "Para considerar un contrato como contrato electrónico es, pues, en primer término, preciso reducir tecnológicamente la categoría a aquellos contratos en los que se emplean medios electrónicos de carácter telemático. No serían, pues, contratos electrónicos aquellos en los que se recurre a instrumentos técnicos electrónicos como el teléfono, el telégrafo, el télex o el fax. Lo serían simplemente aquellos en los que se recurre al empleo de ordenadores interconectados. En efecto, la aplicación coordinada de las tecnologías de la información (informática) con las de la comunicación (electrónica) producen como consecuencia la aparición de nuevos medios de expresión y transmisión de declaraciones de toda índole (telemática)".

<sup>17</sup> Eugenio Alberto GAETE GONZÁLEZ, *Instrumento público electrónico*, Barcelona, Editorial Bosch, 2000, p. 134. En tanto que Renato JIJENA LEIVA, *Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico*, Madrid, La Ley, número 4.586, 17 de julio de 1998, por su parte estima que las nuevas tecnologías provocan en el Derecho los siguientes problemas: "a) la formación del consentimiento en las operaciones o contratos vía redes; b) la firma electrónica o digital como sustituto de la tradicional firma escrita; c) la seguridad y privacidad de las transmisiones, sobre

sea en torno a las formas documentales como en cuanto a su contenido mismo, y en relación con sus elementos esenciales, naturales o accidentales. El citado autor estima que la forma electrónica altera los siguientes elementos:

- a) la formación del consentimiento, en cuanto a las etapas de oferta y aceptación, además del momento y lugar de su formación.
- b) Desaparece la unidad de acto unidad tempero-espacial propia de la expresión del consentimiento contractual – tanto material – que implica simultaneidad en la exteriorización de las voluntades – como formal, o simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquella del Oficial público o funcionario autorizante,
- d) Cambios en cuanto a la prueba, especialmente en las fuentes y medios de prueba, así como en la tasación que varía como consecuencia de la introducción de los contratos electrónicos.
- e) En materia de asunción de riesgos, por el dinamismo propio de la contratación electrónica, – permanente posibilidad de alteraciones y modificaciones en la emisión de datos – se producen riesgos y que pueden ser involuntarios, debidos a caso fortuito y provocados por disfunciones en el sistema de información o bien voluntarios, originados en actos culposos o dolosos y destinados a causar alteraciones en los programas o disfunciones en los mismos o en los equipos.
- f) Problemas de derecho internacional privado, que tienen lugar por ser el contrato electrónico un contrato a distancia, de tal manera que es preciso determinar cual es el momento y lugar de la formación del consentimiento para establecer la ley aplicable, el tribunal competente, su asignación a una justicia arbitral internacional".

Centraremos nuestra exposición en el primero de los puntos enunciados por Eugenio Gaete, esto es, en algunos de los problemas que en la formación del consentimiento del contrato electrónico pudieran producirse, en comparación al proceso de formación del contrato en la teoría clásica.

Como es sabido, la regla general respecto de los contratos es que éstos requieran únicamente el mero consentimiento para formarse<sup>18</sup>, y que los

todo cuando los datos y los documentos sean de una especial naturaleza; d) la desmaterialización de los documentos escriturados en soporte papel; e) la naturaleza jurídica y la acreditación en juicio o valor probatorio de los documentos transmitidos a distancia, y f) las responsabilidades derivadas de la comisión de posibles ilícitos penales o delitos informáticos".

<sup>18</sup> María del Carmen GETE-ALONSO, "Teoría general del contrato", en *Manual de Derecho Civil*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, tomo II: Derecho de Obligaciones. Responsabilidad

contratos se entiendan perfeccionados inmediatamente se haya expresado la voluntad de las partes que constituyen el consentimiento, principio que supone que éstas se encuentran presentes al momento de emitir su aquiescencia.

Por el contrario, la regulación de la formación del consentimiento se ha planteado exclusivamente para las hipótesis de contratación a distancia, en las cuales oferta y aceptación, como elementos esenciales de tal proceso, se desarrollan en diversos tiempos, por lo que se hace necesario determinar el momento, de entre varios, y el lugar, de entre más de uno, en los que deba considerarse perfeccionado el contrato.

Tiempo y lugar, según nos proponemos demostrar, son categorías que en la contratación electrónica ofrecen perspectivas de análisis muy diversas a las que hasta ahora han regido la contratación por medios no pertenecientes a las nuevas tecnologías<sup>19</sup>, básicamente el correo tradicional<sup>20</sup>, que ha sido el medio de comunicación que estuvo en la mente del legislador del siglo XIX al promulgar los textos legales que se han ocupado de la materia y que se encuentran, en su mayoría, hoy vigentes<sup>21</sup>.

Respecto de la contratación electrónica sostenemos que hay al menos dos errores de enfoque referidos al elemento tiempo en la formación del contrato, aspectos en los que centraremos nuestro estudio consistentes; por un lado, en el hecho de que la legislación referida al contrato electrónico parte de la premisa de que los contratantes no se encuentran en el mismo lugar, sino que distantes y, por lo tanto, no contempla la suscripción electrónica de documentos para quienes se encuentren en el mismo lugar –presentes– y, por otro, y derivado del primero, la circunstancia de que los contratantes

civil. Teoría general del contrato, p. 577, entiende por perfección del contrato: “la cualidad que produce (o de la que se deriva) la vinculación de las partes a la relación jurídica creada, la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad del mismo y, normalmente, el nacimiento de su eficacia típica (la producción de obligaciones)”.

<sup>19</sup> Con el concepto “nuevas tecnologías” nos referimos a la utilización de redes de computadores –telemática– y, más precisamente, a aquellos medios que utilizan la red de redes Internet.

<sup>20</sup> Como es sabido el artículo 98 de nuestro *Código de Comercio* dispone que 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.

<sup>21</sup> En nuestro caso, ante el silencio del *Código Civil* el legislador chileno intentó por medio del *Código de Comercio*, “llenar un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil” haciéndose aplicable –aunque no sin opiniones contrarias– los artículos 97 a 108 del *Código de Comercio*, relativos a la formación del consentimiento, en materia civil, ya que “a pesar de estar contenidos en un código especial, regulan una materia de aplicación general”. Víctor VIAL DEL RÍO y Alberto LYON PUELMA, *Derecho Civil. Teoría general de los actos jurídicos y de las personas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1985, p. 39.

electrónicos deben ser considerados –de acuerdo con los criterios usados en el análisis de la contratación clásica– como contratantes distantes. Hipótesis, ambas, que consideramos falsas, al menos planteadas en términos absolutos, como han sido frecuentemente propuestas.

Pareciera, entonces<sup>22</sup>, que Internet ha alterado algunos de los elementos usados tradicionalmente para el análisis del proceso de formación del contrato<sup>23</sup>, tal es el caso de la noción de tiempo<sup>24</sup> aspecto, entre otros, que han llevado a plantearse la necesidad de, al menos, revisar las soluciones que hasta antes de la aparición de las nuevas tecnologías se daban por satisfactorias<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> En el sentido señalado Eva María MARTÍNEZ GALLEGO, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000, dice: “En un contexto de incesante progreso de los medios de comunicación, como en nuestros días, se produce un progresivo aumento de las relaciones contractuales entre personas situadas en lugares diversos. Renace constantemente, a causa de tal circunstancia, un creciente interés por un tema tan viejo y nuevo como es el momento de la perfección del contrato, de cuya exacta fijación dependen cuestiones fundamentales como la determinación del límite temporal para revocar la oferta o el límite de la retroactividad del contrato condicional, etc.”, p. 114.

<sup>23</sup> Santiago CAVANILLAS MÚJICA, *Informática y teoría del contrato. X Encuentro sobre Informática y Derecho*, Madrid, Instituto de Informática Jurídica, ICADE, 1996, manifiesta la capacidad de las categorías jurídicas informáticas para alterar los conceptos clásicos del consentimiento contractual, p. 270. Sobre el particular DE MIGUEL (n. 14), señala: “La rapidez en intercambio electrónico de datos característica de la tecnología de la sociedad de la información tiende a reducir la importancia de la referida disparidad de soluciones en la medida en que facilita la simultaneidad de las comunicaciones, marco en el que el carácter instantáneo y no sucesivo de la formación del contrato provoca que la determinación del momento de celebración se plantee en los términos típicos de la contratación entre presentes”, p. 312. José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “Las obligaciones concertadas por medios electrónicos y la documentación electrónica de los actos jurídicos”, en *La Ley*, tomo IV, Madrid, 1992, por su parte expresa: “La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria de los ciudadanos hace que, en muchas ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades. Así, resulta que el jurista tradicional, formado en esquemas conceptuales no informáticos, encuentra verdaderas dificultades para adaptar la Ley y la jurisprudencia a los cambios tecnológicos”, p. 1.012.

<sup>24</sup> En ese sentido DE MIGUEL (n. 14), pp. 313 y 314 sostiene que: “La distinción se difumina como consecuencia del desarrollo de servicios de Internet...”. Expresando ideas parecidas Jesús María PRIETO GUTIÉRREZ, “Problemáticas y expectativas en torno al documento electrónico: valor probatorio”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Contratación Electrónica, Privacidad e Internet*, N°s 30, 31 y 32, Mérida, Editorial Uned, 1999, señala: “En esta realidad, cobra especial trascendencia las nuevas formas de concebir los negocios y formalizar los contratos, en los que las partes, valiéndose de las nuevas tecnologías, logran superar la hasta ahora inexpugnable barrera de tiempo y espacio que suponía la distancia, recurriendo al documento electrónico como respuesta para formalizar sus contratos, sin necesidad de requerir tan siquiera la presencia física de las partes”, p. 437.

<sup>25</sup> Destacando las consecuencias que en la teoría del negocio jurídico producen las distintas realidades constituidas por la normal y la virtual DE MIGUEL (n. 14), p. 313, señala: “No obstante,

Respecto al enfoque errático del primer problema enunciado puede decirse que la regulación de la contratación electrónica, tanto en el ámbito mundial como nacional, parte del supuesto de que los contratantes –oferente y aceptante– se encuentran no presentes, ausentes o a distancia. No solamente el legislador acostumbra suponer la distancia entre los contratantes sino que la doctrina suele partir su análisis desde igual premisa<sup>26</sup>.

Comprobando tal proposición podemos ver cómo en nuestra legislación positiva, particularmente en las modificaciones introducidas por la ley N° 19.955, de 17 de julio de 2004<sup>27</sup>, a nuestra ley del Consumidor, específicamente en los nuevos artículos 3 bis letra b), 12 A y 32 inc. 2°, se utiliza la expresión: “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”.

En tales disposiciones se acepta expresamente el desistimiento unilateral, entre otros casos, precisamente, porque se trata –de acuerdo con los parámetros de la ley– de una comunicación a distancia, artículo 3 bis letra b). Se impone al proveedor el deber de informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible al consumidor, los pasos que deben seguirse para celebrar el contrato, por que se la considera una contratación a distancia, entre varias otras disposiciones que resulta excesivamente gravoso e innecesario enumerar y que parten de igual creencia.

Recurriendo a otra fuente normativa, con el propósito de confirmar nuestra tesis, podemos mencionar el artículo 3 de nuestra ley N.° 19.799, sobre documento y firma electrónica<sup>28</sup>, la que después de enunciar el principio de equivalencia funcional de la firma manuscrita y electrónica dispone que: “Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otor-

gados o celebrados en los casos siguientes: b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y...” , partiendo nuevamente de la norma citada de la idea de que estando presentes las partes no puede suscribirse electrónicamente un acto o contrato.

Reconociendo que en sus orígenes la contratación electrónica nació estrechamente vinculada a los medios de comunicación a distancia o telecomunicaciones, hoy no existe una relación causal entre ambos supuestos, al menos, en términos absolutos.

Así, por un lado, es perfectamente posible imaginar la utilización del formato electrónico respecto de sujetos que se encuentren en el mismo lugar, como cuando personas que están en la misma sala, empresa, universidad o cualquier otro mismo lugar se comunican vía chat o correo electrónico o cualquier otro medio digital así, al contrario de lo que se pudo creer en los primeros años de irrupción de las nuevas tecnologías, es factible imaginar situaciones en las que sujetos que no se encuentran distantes físicamente se comuniquen vía nuevas tecnologías, y es más, decidan contratar electrónicamente.

Lo anterior se explica fundamentalmente por la circunstancia de que el formato digital ha superado de forma rápida su reconocida funcionalidad inicial de servir de medio de comunicación a distancia, ya que, principalmente, desde el desarrollo e implementación de la firma digital y de la transformación del archivo documental desde el soporte papel al soporte digital podemos suponer que, en algunas situaciones en la actualidad, y en muchas en el futuro próximo, sujetos que se encuentren en el mismo lugar decidirán, por sus ventajas, suscribir y archivar de manera electrónica el contrato que han acordado con el propósito, por ejemplo, de enviar copia del mismo en forma inmediata por Internet a otros lugares o, simplemente, como hemos dicho, debido a que los sistemas de almacenamiento documental se van transformando paulatinamente para acomodarse más al documento contenido en formato electrónico que al contenido en soporte papel.

Tal nueva realidad ha sido posible gracias a la informática, la firma digital e Internet, que son esencialmente los hitos tecnológicos que han permitido el inicio del tránsito entre el soporte papel y el correo clásico, al soporte digital y las telecomunicaciones, en especial las que se despliegan por Internet, hechos que supusieron, a su vez, para su desarrollo, una disminución notable en los costes de utilización de tales medios y, subsecuentemente, la masificación de los mismos, dando paso a lo que hemos denominado y definido como la nueva sociedad de la información.

Así como los hitos tecnológicos necesarios para el cambio desde la realidad contractual clásica a la nueva que se nos muestra, ha sido indispensable la incorporación al ordenamiento jurídico internacional como al nacional de ciertos principios jurídicos que han dado el marco normativo indispensable

la aplicación de las reglas del entorno tecnológico de Internet, en el cabe diferenciar situaciones en las que varía el carácter simultáneo o no de la comunicación de declaraciones negociales, provoca en ocasiones incertidumbre”. En un sentido similar GETE-ALONSO (n. 18), p. 577.

<sup>26</sup> VATTIER (n. 14), p. 89, en tal sentido señala: “Ante todo, hay que señalar que la nueva disciplina de los contratos a distancia no hace mención expresa de los ordenadores, ni de los contratos electrónicos, pero parece indudable que están comprendidos en la definición de los mismos”. Asimismo, Gema BOTANA GARCÍA y Miguel RUIZ MUÑOZ, Miguel (coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1999, p. 229; DE MIGUEL (n. 14), p. 361; FERNÁNDEZ-ALBOR (n. 16), p. 272; SANZ (n. 14), p. 647 y Francisco SERRANO GIL DE ALBORNOZ, “Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, en *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, p. 282, entre otros autores.

<sup>27</sup> Tales modificaciones incorporaron en varias de sus disposiciones las hipótesis negociales electrónicas.

<sup>28</sup> Publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 12 de abril de 2002.



para que tal revolución pueda concretarse, con tal finalidad, se ha incorporado en términos prácticamente idénticos en el Derecho comparado y en el nacional<sup>29</sup>, el denominado *principio de equivalencia funcional del documento papel y la firma ológrafa con el documento electrónico y la firma digital*.

En Europa, tal principio es reconocido por medio de la directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, y complementariamente por la directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior –directiva sobre el comercio electrónico–.

En nuestro país, ha sido la ley N° 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, publicada en el *Diario Oficial*, el 12 de abril del año 2002<sup>30</sup> la que ha recogido el mencionado principio al disponer en su artículo 3 que:

<sup>29</sup> En un trabajo nuestro, de reciente publicación, desarrollamos la tesis de que la introducción de las nuevas tecnologías de la información ha implicado y exigido estandarización tanto en el plano tecnológico, como en el caso de los protocolos de Internet; los mismos introducidos en todo el mundo por la propia necesidad de compatibilidad tecnológica, así como en el plano normativo. Es así como respecto a la firma electrónica ha sucedido que tanto los Estados Unidos como la Unión Europea han adoptado el mismo sistema, siendo seguidos por, prácticamente, la totalidad de los países del orbe, cumpliéndose, sin acuerdo previo, un supuesto lógico de compatibilidad tecnológica imprescindible para que la nueva firma electrónica pudiera servir, realmente, a los fines para los cuales fue creada, en el contexto que importa, el mundial, que es el ámbito propio por esencia en el que se desenvuelven espontáneamente las nuevas tecnologías de información. El proceso de introducción uniforme de un mismo sistema de interconexión de redes de computadores y de firma electrónica avanzada ha formado, a su vez, de modo natural, la generación de una normativa nacional cada vez más uniformada y armonizada y, esta vez, sin necesidad de requerimientos o acuerdos políticos sino que, según decimos, por las propias exigencias del sistema que se trata de implementar. *Globalización y Derecho Civil: de nuevo el Derecho Común. Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Lexis Nexis, 2005, tomo II, pp. 1.375-1.390.

<sup>30</sup> En Colombia, en 1999, se promulga la ley 527, cuerpo legal en que se reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales; en Costa Rica, a través de la reforma introducida en la ley orgánica del Poder Judicial por la ley 7.728 de 1997, se establece la absoluta equiparación entre un documento físico original y aquél que consta en un soporte informático o no tradicional; similar regulación se incorporó en Panamá a través de la ley 43 de 31 de julio de 2001; el Congreso estadounidense aprobó el 24 de enero de 2000 el Electronic Signature Global and National Commerce Act –Acta de Comercio Electrónico y Firma Electrónica para el Comercio Nacional e Internacional–; en México se ha reformado el artículo 289 del *Código de Procedimientos Civiles*; en Venezuela, con fecha 28 de febrero de 2001, entra en vigencia el decreto con fuerza de ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el cual reconoce expresamente el valor probatorio de los documentos electrónicos.

“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”.

Hoy ya es posible observar cómo las más importantes bases de datos, tanto de entidades públicas como privadas, se encuentran completamente informatizadas. Piénsese, por ejemplo, en las del Servicio de Impuestos Internos, Tesorería General de la República o del Registro Civil; así como también en el ámbito privado las bases de los bancos comerciales y prácticamente todas las existentes vinculadas a las medianas y grandes empresas.

Los certificados que pueden obtenerse de modo electrónico en el Registro Civil o Impuestos Internos ofrecen opciones de impresión en papel sólo como manifestación de un resabio cultural anacrónico pensado para satisfacer mentes formadas en otra realidad de archivo documental, lo que se demuestra claramente por la circunstancia de que la firma manuscrita que aparece en tales certificados al ser visualizados en la pantalla de un computador o ser impresa en papel nada acredita desde el punto de vista de la suscripción documental y, por lo mismo, de la referida autenticidad del instrumento público, sino que es el certificado electrónico emitido al momento de expedir la respectiva partida de nacimiento, matrimonio o defunción, cuya información se encuentra expresada en un código de barras, el que verdaderamente logra las funciones de identificación y autenticación<sup>31</sup>, y tales funciones son conseguidas de manera exclusiva por medios digitales sin requerir, para nada, ni la suscripción ológrafa del documento ni su existencia en soporte papel.

No obstante, como venimos señalando, y al encontrarnos claramente en una etapa de transición, parece que por razones más bien culturales subsiste y subsistirá por algún tiempo la costumbre, un tanto absurda, de emitir documentos electrónicos e imprimirlos en papel. Cuando ello deje de ocurrir, por las evidentes ventajas del documento electrónico<sup>32</sup> será posible suscribir

<sup>31</sup> Así, si alguien desea cotejar la autenticidad del documento deberá entrar a la página web y con la secuencia de números del código de barras verificar si se trata de un documento efectivamente emitido por tal o cual servicio y su contenido.

<sup>32</sup> Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, “El documento negocial informático”, en *Notariado y contratación electrónica*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2000, menciona como ventajas del soporte electrónico: “su rapidez de formación, suprimiendo las barreras del espacio y el tiempo; la inmensa capacidad de almacenamiento de la información; y su fácil transportabilidad, que se convierte en instantánea si de los medios físicos, como el disquete, pasamos a los telemáticos o a los electrónicos”, p. 358.

electrónicamente la casi totalidad de los documentos y eso, según decimos, aun cuando las partes se encuentren presentes físicamente en el mismo lugar.

La segunda de las cuestiones que nos hemos propuesto tratar en el presente trabajo, y que consideramos ha sido planteada equivocadamente en los primeros años de desarrollo de la doctrina dedicada al estudio de los contratos electrónicos, es aquella vinculada al carácter de ausentes o presentes de los contratantes electrónicos, pues, según hemos dicho, las reglas para determinar la formación del consentimiento están diseñadas de forma exclusiva para contratantes que se encuentran distantes.

Advirtiendo que esta tesis ha sido desarrollada en extenso en otro trabajo<sup>33</sup> nos limitamos a sintetizar sus ideas centrales.

En tal sentido nos hemos preguntado, ¿constituyen realmente los supuestos negociales electrónicos una modalidad de contratación entre ausentes?

Abundante y, al parecer mayoritaria, es la normativa y doctrina que entienden de los supuestos de contratación electrónica como una clase de contratación a distancia o sin presencia física de las partes<sup>34</sup>, sin embargo, en la actualidad

<sup>33</sup> "La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información, parte II: La aceptación electrónica. Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes", en revista. "Ius et Praxi", año 11, N° 1, Talca, Ediciones de la Universidad de Talca, 1° semestre de 2005, pp. 55 a 92.

<sup>34</sup> En tal sentido Javier PRADA ALONSO, "Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: prueba y perfección del contrato", en *Revista General de Derecho*, formato electrónico, [http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1\\_a.htm](http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1_a.htm), 2001, señala: "La contratación electrónica, es un supuesto de contratación a distancia 'o sin presencia física simultánea de los contratantes' como dice el art. 1.1 del R.D. 1906/99; el art. 18.1 del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico lo define como aquel 'que ha sido celebrado sin la presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, prestando éstos su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos'. Así pues, observamos que el concepto de contratación electrónica se encuentra inicialmente algo desdibujado más en la forma que en el fondo, en razón a lo definido por el ordenamiento nacional (art. 38.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista) y por el ordenamiento comunitario (art. 2.1 de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia, esta Directiva inicia la protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico". De igual opinión es MORENO (n. 14), p. 37, quien sostiene: "Característica fundamental de la contratación electrónica es la ausencia de las partes en la perfección del negocio. Los contratantes no están presentes en la conclusión del contrato...". Consideran, asimismo, el contrato electrónico como una modalidad de contratación a distancia -al menos como regla general- Gema BOTANA GARCÍA, "Contratos a distancia", en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1999, p. 229; FERNÁNDEZ-ALBOR (n. 16), p. 272 y SANZ VIOLA (n. 14), p. 647; SERRANO (n. 26), p. 282, entre otros autores. Por su parte ILLESCAS (n. 11), refiriéndose esta vez C-E expresa: "El C-E, de una parte, no emplea ni formas orales ni escritas; de otra, la contratación comercial electrónica se produce siempre entre sujetos ausentes, distantes el uno del otro geográficamente

comienza a dudarse de que tal modalidad contractual constituya realmente un proceso formativo a distancia o entre ausentes, al menos de acuerdo con los criterios tradicionales utilizados.

El problema propuesto se refiere a determinar si el proceso de formación del consentimiento electrónico entre personas distantes físicamente, obedece a los mismos criterios usados por el legislador decimonónico, ideas que lo llevaron a promulgar normas especiales para la formación del consentimiento entre no presentes.

En nuestro Derecho, según afirman Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, existen dos criterios para determinar si la contratación es entre presentes o entre ausentes: "uno atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en un mismo lugar, y el otro a si la aceptación puede ser conocida por el oferente inmediatamente de ser emitida o no"<sup>35</sup>, prefiriendo en tal obra, ya el mismo Arturo Alessandri, aquella tesis que considera contratos entre presentes a aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada, razonamiento que como se podrá vislumbrar dará mucho mejor respuesta a los problemas que impone al tema de la formación del consentimiento la forma electrónica de contratación.

En atención a los mismos criterios antes expresados la doctrina no duda en calificar como una especie de contratación entre ausentes aquella que se produce mediante carta o correspondencia telegráfica<sup>36</sup>, pues entre las diversas comunicaciones mediaba un espacio de tiempo jurídicamente relevante<sup>37</sup>.

y residiados con frecuencia en países distintos. Empleo así el término clásico iusprivatista español para hacer referencia a aquellos supuestos de contratación en los que las partes del contrato se encuentran cada una de ellas, a la hora de la perfección del vínculo y de los tratos prenegociales que la antecedan, en lugares distintos. Sus declaraciones requieren, por tanto, de un trayecto a recorrer para llegar a conocimiento de la respectiva contraparte con independencia del momento en que produzcan los efectos jurídicos apetecidos, la distancia a recorrer, la velocidad aplicada al recorrido y el medio de transporte", p. 34.

<sup>35</sup> Arturo ALESSANDRI R., Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H., *Tratado de Derecho Civil*, 1ª ed., julio, 1998. Publicada en formato electrónico en base de datos privada, <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm>.

<sup>36</sup> GETE-ALONSO (n. 18), p. 578. Al respecto, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ y María Ángeles PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Colex, 2000, tomo II: Derecho de Obligaciones, afirman: "En cambio, en la aceptación realizada telegráficamente sí existe intervalo temporal, por lo que la perfección del contrato se entiende producida en el momento en que el destinatario del telegrama lo recibe", p. 368.

<sup>37</sup> Todo proceso comunicacional puede presentar interrupciones, pero pensamos junto con MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et al.* (n. 36), p. 368, que lo importante es determinar si tal interrupción



Respecto de la contratación electrónica, las categorías filosófico-jurídicas de tiempo y espacio<sup>38</sup>—que, para distinguirlas de las categorías clásicas se las ha denominado virtuales<sup>39</sup>—han adquirido nuevos puntos de análisis habiéndose, incluso, comenzado a hablar de un tiempo u hora en Internet distinta a la establecida por convención internacional para los usos horarios.

Por otra parte, la inmediatez de las comunicaciones electrónicas hace que no tenga, en la gran mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período de tiempo que transcurre entre el envío y la recepción de una comunicación electrónica, por lo que, aun cuando se llegara a la conclusión que la contratación electrónica se realiza entre contratantes no presentes, la aplicación de las teorías de la emisión, del conocimiento o de la recepción para determinar el momento de perfeccionamiento del contrato resultaría irrelevante, pues este momento siempre sería el mismo.

Como un antecedente de importancia, para resolver el carácter presencial o no de los contratantes electrónicos, puede considerarse la profusamente citada sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de enero de 1948, que señaló que el acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica daba lugar al perfeccionamiento del contrato, lo mismo que se hubiera concertado entre presentes.

Validando el criterio jurisprudencial señalado, la doctrina es pacífica en el sentido de considerar a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes<sup>40</sup>. Igual criterio es seguido en los países del *common law*,

representa un espacio de tiempo “jurídicamente relevante”, ya que si no es así el proceso deberá ser considerado como ininterrumpido para los efectos en estudio.

<sup>38</sup> Al respecto DE MIGUEL (n. 14), p. 79, señala: “El tiempo y el espacio adquieren un significado en las comunicaciones en Internet muy distinto del que es común a las actividades fuera de la Red, lo que determina características peculiares de los conflictos de intereses surgidos en este nuevo medio...”.

<sup>39</sup> Han adquirido tal dimensión los conceptos espacio y tiempo en Internet, que, incluso, se habla de una realidad virtual, que se la intenta presentar con rasgos de autonomía propia, distinta de las dimensiones en la que transcurre la vida humana, proyección que, en todo caso, consideramos exagerada. Sobre el carácter relativo que han adquirido en Internet las nociones de tiempo y espacio RAFAEL MATEU DE ROS, “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica”, en *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, afirma: “En Internet, lo mismo que la contratación telefónica directa, no hay distancia temporal (que es lo decisivo) sino mera distancia física, fenómeno que resulta accesorio, y también aparece con frecuencia en la contratación convencional”, p. 60.

<sup>40</sup> Así José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, 2ª ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, Editorial Dykinson, vol. 1º: Derecho de Obligaciones, parte general, Teoría general del contrato, 2000, sostiene: “La disciplina contenida en el art. 1.262, no puede extenderse a la contratación entre personas alejadas que utilizan un procedimiento de comunicación que posibilite el acuerdo entre ellas de una manera inmediata. En este sentido, la S. de enero de 1948 consideró que el acuerdo alcanzado por teléfono da

y específicamente en Estados Unidos e Inglaterra, en los que los contratantes que se comunican por teléfono son considerados *praesentes*<sup>41</sup>.

La doctrina considera que la *ratio legis* del razonamiento que estima la comunicación telefónica como una especie negocial entre presentes se encuentra en la circunstancia de que en tal medio de comunicación existe un proceso ininterrumpido. En el sentido indicado se sostiene que: “El problema no se plantea si, no obstante el distanciamiento o la lejanía, existe entre las partes un proceso de comunicación ininterrumpido”, continúa, “Lo mismo puede decirse cuando se produzca un ininterrumpido proceso de comunicación por télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación”<sup>42</sup>.

Respecto de las nuevas tecnologías—básicamente nos referimos a los medios de comunicación por Internet—sus especiales características de simultaneidad y rapidez en los procesos de comunicación nos lleva a concluir, si de clasificarlos se trata, a considerarlos también, como en el caso de la contratación vía telefónica, como una especie de contratación entre presentes<sup>43</sup>. Que duda cabe que,

lugar a la perfección del contrato lo mismo que si hubiera sido concertado entre dos personas presentes”, p. 384. En el mismo sentido Valentín CARRASCOSA, Mª A. POZO; E.P. RODRÍGUEZ, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 2ª ed., Granada, Editorial Comares, 1999, p. 25; DAVARA (n. 13), p. 170; Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Ediciones Civitas, 1996, vol. I: Introducción. Teoría del Contrato, p. 318; MARTÍNEZ GALLEGU (n. 22), p. 137, entre otros.

<sup>41</sup> Así señala Luigi FERRI, *La autonomía privada*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 141.

<sup>42</sup> DIEZ-PICAZO (n. 40), p. 318. En igual línea doctrinal MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et al.* (n. 37), p. 368, señala: “Lo determinante aquí será, ...no la distancia, sino la existencia o no de un intervalo temporal jurídicamente relevante entre la emisión de la aceptación y su recepción o conocimiento por el otro contratante...”. Por su parte PAZ-ARES, BERMEJO, SÁENZ señalan: “Se entiende que hay contratación entre presentes cuando no media lapso temporal alguno entre oferta y aceptación. A estos efectos, la distancia es irrelevante: buena prueba de lo dicho es que, a pesar del distanciamiento físico entre las partes, el Tribunal Supremo, en Sentencia del 3 de enero de 1948 (Ar. 11), consideró que existía contratación entre presentes en el caso de un acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica”, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, María Isabel SÁENZ LACAPE, “La formación electrónica del contrato: nada nuevo bajo el sol”, en *Derecho sobre Internet* publicación electrónica, en <http://derechosobreinternet.com>, 2001. En similar sentido GETE-ALONSO (n. 18), p. 578 y Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Civil obligaciones y contratos*, 2ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1993, agrupando tal clase de contratos dentro de la denominación de contratos de formación instantánea explica que en éstos: “la separación física entre los contratantes no impide el conocimiento simultáneo del momento en que se unen las declaraciones de voluntad, al utilizar un medio de comunicación que elimina la diferencia de tiempo en la emisión de las declaraciones de oferente y aceptante (contratación por teléfono, télex, etc.)”, p. 111.

<sup>43</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et al.* (n. 37), p. 368, señalan al respecto: “En cuanto a la contratación electrónica mediante medios informáticos, los principios son los mismos: las características técnicas de los mecanismos utilizados para enviar la aceptación permiten conseguir la simultaneidad

en ocasiones, las nuevas tecnologías constituyen un proceso comunicacional casi idéntico al que puede desarrollarse entre personas presentes<sup>44</sup>.

Todo lo dicho reafirma el criterio sustentado por la doctrina en atención a que el criterio lógico para la caracterización de un proceso comunicacional como entre ausentes no depende hoy, como antes, de la distancia física, sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento<sup>45</sup>.

Lo cierto es, y que no debe perderse de vista, cuando afirmamos, en general, que los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías son una especie de contratación entre presentes, lo que estamos diciendo realmente es que los consideramos o asimilamos a la categoría clásica de contratación entre presentes, pues la realidad será que en la gran mayoría de los casos las partes se encuentran ausentes, al menos de acuerdo con el sentido que tradicionalmente se ha dado en el ámbito jurídico a la noción de 'ausencia' y que hoy decimos se encuentra en entredicho. En la misma dirección, y como una propuesta que intenta coordinar las nuevas realidades tecnológicas con la dogmática jurídica, Rafael Mateu de

entre el envío y la recepción por el destinatario, por lo que, en términos generales, quedaría sometida a las reglas de la contratación entre presentes, en cuanto al momento de la perfección del contrato...". En un sentido similar DE MIGUEL (n. 14), p. 313, señala: "Por el contrario, cuando la formación del contrato se produce mediante el empleo de servicios interactivos que permiten el intercambio simultáneo de información –esa es la situación normalmente en la malla mundial– predomina la idea de que se trata de medios de comunicación a distancia que posibilitan una formación instantánea y no sucesiva del contrato, de modo que el tratamiento del momento de celebración debe ser equiparado al de otros medios instantáneos como el teléfono, pues permite la comprobación inmediata de que la declaración de voluntad ha sido recibida por el destinatario". Otros autores, aparentemente en sentido opuesto, como Rodolfo FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001, sostienen: "incluimos al contrato electrónico como una modalidad intermedia entre la contratación presencial y la contratación a distancia, pero se acerca más a ésta última", p. 34. Con todo, consideramos que la contradicción es más aparente que real ya que la gran mayoría de los autores estima que los contratos electrónicos son ventas a distancia, en atención a los criterios que las leyes han fijado como el ámbito de aplicación de la normativa aprobada para regular tal clase especial de contratación, no obstante, lo cual para otros efectos, especialmente la determinación del momento de perfeccionamiento del negocio jurídico, deben ser *considerados* como una especie de proceso negocial entre presentes, aunque para otros efectos no gocen de igual calificación. Es la opinión también de ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC (n. 35).

<sup>44</sup> Piénsese en la comunicación por videoconferencia en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente percibiéndose las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz –rasgos biométricos–, que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

<sup>45</sup> En tal sentido señalan CARRASCOSA, POZO, RODRÍGUEZ (n. 40), p. 25, específicamente para la contratación electrónica, que es irrelevante el hecho de que los contratantes se encuentren presentes o ausentes físicamente, dado que: "es la falta de intercambio inmediato de declaraciones de voluntad, la que determina la ausencia en la contratación".

Ros se inclina por considerar derechamente la contratación electrónica como un proceso negocial verdaderamente entre presentes, si se quiere una forma distinta de presencia –la virtual–, pero una especie de presencia al fin<sup>46</sup>.

Así, hemos dejado expuestas dos fallas –quizá inconscientes– que se dejan entrever en los años iniciales de regulación y examen de los contratos celebrados vía nuevas tecnologías: el primero, consistente en el hecho de que la normativa referida a los contratos electrónicos parte de la premisa que los contratantes se encuentran distantes, cuestión como hemos demostrado puede no suceder y, en segundo término, que los contratos electrónicos celebrados desde lugares efectivamente distantes, pueden, si constituyen un proceso de comunicación ininterrumpido, ser considerados una especie de contratación entre presentes, a la cual no será necesario aplicar las reglas para la formación de los contratos las que, como se sabe, se encuentran formuladas para las hipótesis de contratación a distancia.

Todo lo dicho, no obstante, no debe hacer olvidar la circunstancia de que aun cuando los contratantes electrónicos puedan ser considerados presentes para los efectos de la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato, no sucederá necesariamente lo mismo en el caso en que intentemos determinar el lugar de la formación del contrato para los efectos, especialmente, de fijar la legislación aplicable y el tribunal competente para la resolución de los eventuales conflictos que puedan suscitarse.

De lo expuesto, es posible concluir que, si bien concordamos con la doctrina, al sostener que el Derecho de Contratos es uno sólo, y que no se verá afectado en su estructura esencial por la aparición de las nuevas formas de contratación<sup>47</sup>, no es menos cierto que existen algunos aspectos de la contratación electrónica que no pueden ser explicados de un modo exactamente igual al que se hacía para la contratación por medios clásicos, y que es labor de la dogmática jurídica el diseñar los nuevos esquemas para ofrecer las soluciones de adaptación que la teoría pudiera requerir.

<sup>46</sup> MATEU DE ROS (n. 39), p. 60: "No hay, por tanto, ausencia ni distancia, sino una forma distinta de presencia, tan auténtica, tan inmediata y tan instantánea, y, a menudo, mucho más libre y espontánea, que la presencia personal, física o material".

<sup>47</sup> JOSÉ RAMÓN CAMINO, "El documento electrónico su admisibilidad en el Derecho español, en *La Ley*, Madrid, 24 de abril de 1997, señala: "Desde la óptica del Derecho, una característica común al entronque de las nuevas tecnologías con el sistema jurídico actual es que el uso de dichas novedades técnicas no supone la alteración de los conceptos jurídicos que regulan las transacciones que se llevan a cabo a través de las mismas". Continúa el autor citado: "Cuando se analiza un contrato realizado a través de Internet, el mismo deberá recurrir las características básicas que se exigen a cualquier transacción al amparo de nuestro Código civil, esto es, consentimiento, objeto y causa". p. 1.879. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS (n. 23), p. 57: "En consecuencia, con las necesarias modulaciones, puede afirmarse que las normas del Código Civil relativas a la teoría general de las obligaciones y de la contratación siguen vigentes".