

# INCIDENCIA DE LAS TECNOLOGÍAS EN LA CONTRATACIÓN: MARCO LEGAL EN CUBA

Lisette Hernández Fernández\*

---

\* Master en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Profesora auxiliar, Facultad de Derecho, Universidad Central Marta Abreu de Las Villas.  
Dirección postal: Calle Cuba No. 215 entre Nazareno y Pastora. Santa Clara, Villa Clara (Cuba).  
C.P 50100. *liseth@uclv.edu.cu*

---

REVISTA DE DERECHO  
Nº 25, Barranquilla, 2006  
ISSN: 0121-8697

## Resumen

*La era de la informática ha incidido en el desarrollo del comercio a escala mundial. Cuba ha visto en el e-commerce un vehículo para potenciar su comercio; por ello esta investigación parte de la polémica de determinar si la regulación jurídica cubana existente en sede contractual ofrece cobertura a los fines de regular el momento de perfección de los contratos concluidos por medios electrónicos. El proyecto de Decreto-Ley sobre "Normas generales para la práctica del comercio electrónico" remite al ordenamiento tradicional en todas las cuestiones relativas a la perfección de los contratos, por lo cual resulta contradictorio que el Código Civil es omiso en varias de las instituciones propias de esta fase. Para resolver este problema se realiza un extenso análisis doctrinal, jurisprudencial y legal, y se concluye que si bien no nos encontramos ante nuevos tipos de contratos, sí resulta necesario perfeccionar el sistema legal existente y en formación.*

**Palabras claves:** Tecnologías de la información, contratos electrónicos.

## Abstract

*Informatic age had fallen into a commerce development in a world scale. Cuba has seen in the e-commerce a mean to make strong its commerce, that is why this reach is part of the polemic in determine if Cuban legal regulation in a real contractual headquarter, gives covering in order to adjust the moment of perfection of contracts ending by electronics means. The plan of judicial- decree about "General rules to he practice of electronic commerce", refer to the traditional regulating in all relative affairs to the perfection of contracts, it results contradictories that Civil Code is remiss in some of institutions of this phase. To solve this problem, it is necessary to make a doctrinal, jurisprudential and legal extensive analysis, make in conclusion if we are not facing new types of contracts, it results necessary to adjust the actual legal system and the one forming.*

**Key words:** IT, electronics contracts.

## I. COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN

### 1. DEFINICIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Varias han sido las definiciones de comercio electrónico, elaboradas por estudiosos, organizaciones mundiales y recogidas en distintas legislaciones.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) lo define como:

*La producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vías redes de telecomunicaciones y sus principales instrumentos: a- teléfono, b- fax, c- televisión, d- pagos electrónicos, e- transferencia electrónica de fondos, f- EDI (Electronic Data Interchange, en español, Intercambio Electrónico de Datos), g- Internet.*

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobada por la Asamblea General de la ONU en su 29º período de sesiones, 28 de mayo a 14 de junio de 1996, suplemento N° 17 A/51/17 (en adelante Ley Modelo), no recoge una definición de comercio electrónico; no obstante, en la guía elaborada por este órgano para su incorporación al Derecho interno de esta Ley reconoce que

*Comercio electrónico: comprende todas aquellas transacciones comerciales que se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, en los que se usan medios de comunicación y almacenamiento de información substitutivos de los que usan papel<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> En similar sentido, pero con mayor delimitación de su campo, la Ley 527 de 1999 de Colombia toma como base la Ley Modelo de la CNUDMI para definir el Comercio Electrónico en su artículo 2 b):

*Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial y comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.*

Para la Oficina de Promoción de la Sociedad de la Información (ISPO) de la Comisión Europea,

*comercio electrónico es cualquier forma de transacción comercial de bienes y servicios en la cual las partes interactúan de forma electrónica, en lugar de hacerlo a través de intercambios físicos. Está basado en el tratamiento y transmisión electrónica de datos, incluidos textos, imágenes y videos, comprende actividades, como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en-línea, contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa. También abarca productos (bienes de consumo, equipo médico especializado) y servicios (servicios de información, financieros y jurídicos), actividades tradicionales (asistencia sanitaria, educación) y nuevas actividades (centros comerciales virtuales).<sup>2</sup>*

El Proyecto cubano de Decreto-Ley sobre “Normas generales para la práctica del Comercio electrónico”, versión 2002-10-28 (*vid* Anexo 1), establece en su artículo 1.1 que

*Todo negocio que se efectúe utilizando en lo esencial de su ejecución medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología de la información se considera comercio electrónico.*

Si bien el artículo muestra una versión futurista en cuanto a tecnología, considero incorrecta su redacción, pues cuando se refiere al término “negocio”, éste debe acogerse como aquel en que dos o más personas a través de un acto de voluntad se obligan a una prestación, lo cual produce un efecto jurídico tutelado por el Derecho objetivo, o sea, el negocio jurídico<sup>3</sup>, siendo más técnica la expresión “todo acto o negocio jurídico”; pero además no debe dar la idea de que sólo se incluye al negocio, sino a todas las actividades propias del *tractus* mercantil.

<sup>2</sup> RIOSECO LÓPEZ-TRIGO, P. (2001). *Comercio Electrónico: la nueva conquista* (p. 79). Cuba: Ed. Científico-Técnica.

<sup>3</sup> *Cfr.* DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1998). *Sistema de Derecho Civil*, volumen II (8ª edición, pp. 447-497). Madrid: Tecnos; CLEMENTE, T. (1987). *Derecho Civil. Parte General*, tomo II, primera parte (pp. 333-362). La Habana: Ed. Andre Voisin.

A tenor de lo expuesto, considero que el comercio electrónico puede ser definido como el cúmulo de actividades mercantiles<sup>4</sup>, que incluyen tanto actividades comerciales como acciones de mercadeo, y negocios jurídicos mercantiles y civiles, de bienes tangibles o intangibles, siempre que éstas se realicen por vía electrónica, por redes<sup>5</sup> o sistemas computacionales.

## 2. TRATAMIENTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN CUBA

Cuba ha venido insertándose en el comercio electrónico a partir de la última década, y desde 1996 instauró una tienda virtual para la venta de discos de música cubana. Actualmente muchas empresas participan de alguna forma en el comercio electrónico, ya que pueden emplear Internet para localizar un proveedor o el correo electrónico para dar servicio a un cliente. No obstante haber nacido empujado más por la voluntad que por condiciones objetivas para practicarlo, hay que reconocer que la isla posee muchos productos deseados y con exclusividad para el mercado que pueden incrementar sus exportaciones por estas vías, tal es el caso del tabaco, ron, música y turismo.

La industria turística es una de las que más ha desarrollado esta modalidad de comercio; existen numerosos sitios que reservan habitaciones para una gran parte de los hoteles del país, apoyados con una extensa red de ventas presentes en muchos lugares en el extranjero. Por ejemplo, Cubacar y Transtur rentan con efectividad sus autos mucho antes de que el visitante pise tierra cubana; Havanatur oferta productos turísticos en general y cuenta con varias agencias en otros países.

Ante las expectativas que se vislumbran y el fuerte movimiento de modernización de la infraestructura informática, el Estado ha trazado una estrategia nacional con el objetivo de potenciar y regular el comercio electrónico.

<sup>4</sup> El comercio electrónico abarca una amplia gama de actividades, entre ellas el acceso a la información comercial, el intercambio de bienes y servicios, suministro de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, mercadotecnia, servicios posventa al consumidor, centros comerciales virtuales, etc.

<sup>5</sup> Las transacciones electrónicas realizadas a través de redes abiertas, especialmente Internet, cuando tienen carácter mercantil se les denomina cibercomercio, *ad. ex.* los *ciber mall* o *virtual mall*, que es básicamente un lugar similar a un centro comercial. *Vid.* PIMENTEL, J. (1997). *Multimedia para todos* (p. 46). Lima: Ed. Hozlo S.R.L.

El 28 de enero de 1999 se creó la Comisión Nacional para el Comercio Electrónico, cuyos objetivos fundamentales son los siguientes: proponer al gobierno la política y recomendaciones que impulsen su desarrollo en el país; identificar las medidas y regulaciones que deberán emitir los Organismos de la Administración Central del Estado para eliminar los obstáculos y crear las condiciones propicias para la extensión del comercio electrónico en Cuba e identificar y patrocinar la realización de proyectos de comercio electrónico<sup>6</sup>.

Así pues, se han elaborado varios proyectos de Decreto-Ley sobre comercio electrónico. La última versión del Proyecto cubano de Decreto-Ley sobre "Normas generales para la práctica del Comercio Electrónico" remite, en todo lo que constituye contratación, al ordenamiento tradicional, al reconocer que éste se aplicará a las prácticas de comercio electrónico, y establece algunas obligaciones para el emisor u oferente de bienes y servicios, además de las establecidas en la legislación común, por demás expone qué constituye un mensaje de datos, su transmisión y recepción.

Aspectos que no resultan desacertados si tenemos en consideración que en los contratos realizados por medios electrónicos lo que cambia es el medio, el soporte, lo cual conlleva a especificaciones que el propio *tractus* contractual nos aconseja realizar y que estudiaremos en los siguientes capítulos. Para avalar la equivalencia de estos contratos con los reconocidos en la doctrina desarrollamos el próximo epígrafe.

### 3. EL ACUERDO DE VOLUNTADES Y LAS MODERNAS TECNOLOGÍAS

"La contratación actual se ve determinada [...], por los avances tecnológicos".<sup>7</sup> La contratación vía electrónica permite la adquisición y prestación de servicios, implementación de labores contables, de recursos humanos, de gestión, el desarrollo de actividades empresariales, con sus clientes, proveedores, intercambio de información financiera, sistemas de transportación, cadenas de supermercados, en fin, va incor-

<sup>6</sup> Vid. AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. (2000). "Consideraciones preliminares acerca del Comercio en general y el electrónico ante la legislación cubana vigente" (pp. 9-14). *III Conferencia Internacional de Derecho e Informática de La Habana*, Cuba, mayo.

<sup>7</sup> CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P. (1997). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual* (p. 5). Granada: Comares.

porándose a las actividades del hombre debido a la versatilidad de sus aplicaciones.

Pero estos avances técnicos favorecen y en ocasiones complican<sup>8</sup> las relaciones contractuales del hombre. En tal sentido se ha afirmado que estamos “en presencia de una alteración contractual de similar importancia a la que se produjo con la sustitución de la tabla o tablilla de piedra o barro por el papiro y la del pergamino por el papel.”<sup>9</sup>

El contrato pertenece de una manera dominante a la esfera del Derecho voluntario. Nuestro Derecho presenta como regla general el contrato consensual, perfeccionado por las recíprocas y concordantes manifestaciones de voluntad, conforme con el artículo 310 del Código Civil; en tal sentido, las partes pueden utilizar medios electrónicos para realizar sus negocios.

### 3.1. Contratos en el marco de las tecnologías de la información

#### *Criterios conceptuales*

Un análisis pormenorizado de la doctrina ha permitido constatar las diferentes formas de conceptualizar estos contratos; transcribo aquí algunos criterios.

Gete-Alonso asevera que los contratos electrónicos son “aquellos cuyo objeto esta constituido por un bien (cosa) o por un servicio informático.”<sup>10</sup>

Magliona y López consideran que “existen dos tipos de contratos electrónicos: aquellos que se refieren a bienes (equipamientos, periféricos) y aquellos que se refieren a servicios (asistencia, programas).”<sup>11</sup>

<sup>8</sup> El uso de medios teleinformáticos en la contratación presenta una serie de problemas que deben ser estudiados con celeridad. Además de los presentados en este trabajo, podemos citar la defensa al consumidor, los nombres de dominio, piratería, publicidad, identificación de las partes, seguridad, entre otros.

<sup>9</sup> ILLESCAS ORTIZ, R. (1999). “El Comercio electrónico: fundamentos de Derecho y el principio de la equivalencia funcional”. En *Boletín de inflación y análisis macroeconómico*, N° 56, p. 64.

<sup>10</sup> GETE-ALONSO, M. C., citado por VATTIER FUENZALIDA, C. (1999). “En torno a los contratos electrónicos”, *Revista de legislación y jurisprudencia*, N° 1 (Madrid), p. 19.

<sup>11</sup> MAGLIONA MARCOVICTH, C.P. y LÓPEZ MEDEL, M. (1999). “Delincuencia y fraude informático”. *Derecho comparado y Ley*, N° 19.223, p. 29. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Sin embargo, el ya citado profesor Zumarán plantea que los contratos electrónicos son aquellos que “con independencia de cuál sea su objeto, que puede ser la informática, aunque no necesariamente, se realizan a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores.”<sup>12</sup>

En similar sentido nos encontramos la definición de Christian Hess cuando reconoce que el contrato electrónico puede ser entendido en dos contextos: en sentido amplio y objetivo, como cualquier contrato cuyo objeto sea un bien o servicio informativo o relativo a la informática; en sentido estricto y formal, sería aquel confeccionado por medios electrónicos, independientemente del objeto.<sup>13</sup>

Se evidencia pues una separación en relación a cuál es el elemento esencial a la hora de conceptualizar estos contratos, siendo para unos primordial su objeto y para otros los medios utilizados en la transacción. Así explica Carrascosa que “la materia contractual se ve influenciada (*sic*) por los nuevos aspectos tecnológicos, pero no solamente para facilitar la comunicación [...], sino porque los elementos informáticos se convierten en novedoso objeto de contratación”<sup>14</sup>. Por ello creo necesario puntualizar estos términos partiendo de la distinción existente entre contratos informáticos y contratos electrónicos.

### 3.1.1. *Los contratos informáticos. Definición*

Son contratos informáticos aquellos cuyo objeto sea un bien o un servicio informático<sup>15</sup> –o ambos– o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> ZUMARÁN, S. La Contratación Electrónica”. En <http://www.ipce.org.pe/contraelec.htm> Consultada el 3 de abril de 2003.

<sup>13</sup> HESS ARAYA, Ch. “Contratos informáticos: propuesta de clasificación para efectos didácticos.” <http://www.hess.cr.com/publicaciones/dereinfo/clasifcontra.html>. Consultada el 20 de enero del 2003.

<sup>14</sup> CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1998). “El comercio informático”. Ponencia presentada en el VI Congreso de Informática y Derecho. Uruguay.

<sup>15</sup> Entiéndase como “bienes informáticos” aquellos elementos que forman el sistema (ordenador) en cuanto al *hardware*, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos, así como todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático. Asimismo, se consideran bienes informáticos los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones, en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico



Varios autores tienden a considerar los contratos informáticos como una categoría autónoma de contratos<sup>17</sup>, basados en la regulación compleja que las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, intentan dar al objeto de transacción; otros consideran que este hecho es discutible y que hemos de ir mas allá del mero intento de ajustarlos de una forma absoluta, a unos cánones que, en muchos casos, se alejan de su propia naturaleza.<sup>18</sup>

No comparto el criterio de considerar al contrato informático como una categoría contractual autónoma. Si bien es cierto que el jurista se encuentra con dificultades derivadas de la especificidad de aspectos técnicos, un vocabulario particular e incluso una estructura compleja en alguno de ellos, si analizamos los objetos de estas obligaciones contractuales veríamos que se tratan de adquisición de equipos físicos, electrónicos e informáticos<sup>19</sup>, de programas<sup>20</sup>, ya sea a través de arrendamiento de servicio u obra<sup>21</sup>, cesión de derechos de edición o licencia

---

del elemento informático, y por “servicios informáticos” aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en una relación de afinidad directa con ella.

<sup>16</sup> Acogiendo criterios similares, DARÍO VERGEL, S. (1994). “Responsabilidad civil derivada de la informática”, *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Actas volumen I, *Informática y Derecho*, N° 4, UNED, Mérida, Aranzadi; CARRASCOSA, V. et al., *La contratación...*, op. cit.; NÚÑEZ, J. (1998). *Software: licencia de uso y empresa*, Perú, Fondo editorial de la Universidad de Lima.

<sup>17</sup> GÓMEZ- ACEVEDO, J. y POMBO, M. (1994), en la ponencia “Cómo protegerse de los riesgos derivados de las cláusulas abusivas en los contratos de hardware y software”, Institute for International Research, Madrid.

<sup>18</sup> DARÍO VERGEL, S. (1994). “Responsabilidad civil derivada de la informática”, *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Actas volumen I, *Informática y Derecho*, N° 4, UNED, Mérida, Aranzadi; CARRASCOSA LÓPEZ, V. et al. (1997). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual* (p. 94), Granada, Comares.

<sup>19</sup> Contratos de *Hardware*. Este tipo de contratos tiene por objeto la adquisición y/o uso de equipos físicos, electrónicos e informáticos, como ordenadores, periféricos, etcétera. El *hardware* es un bien mueble y, en este sentido, le es de aplicación toda la normativa sobre éstos.

<sup>20</sup> Contratos de *Software*. Son los contratos que tienen por objeto la parte lógica del sistema, como los programas. Su adquisición puede ser mediante arrendamiento de servicio u obra a un experto en informática; por cesión de derechos de edición; o por licencia de uso exclusiva o no.

<sup>21</sup> Aquí podemos ver los contratos de servicios auxiliares, como pueden ser el mantenimiento de equipos y programas o la formación de las personas que van a utilizar la aplicación respecto a equipos, sistema o aplicaciones. Los contratos de asistencia y mantenimiento: la obligación que se asume es el perfecto funcionamiento del sistema, señalándose las características de las revisiones, y el importe de la contraprestación periódica a satisfacer, más otra por los materiales y piezas que haya que suministrar si el contrato se completa con uno de suministro. En el caso de mantenimiento de programas, deberá contraer la obligación de la adaptación total al sistema instalado. Actualmente se estiliza que estos contratos puedan hacerse vía FTP (*File Transfer Protocolo*) y demás servicios *On line* en Internet y se retribuyan con dinero electrónico, lo que produce que

de uso<sup>22</sup>. Así mismo podemos encontrar los contratos cuyo objeto principal lo constituye la utilización de redes<sup>23</sup>, ventas de *software*<sup>24</sup>, entre otros, los que si bien no siempre pueden encuadrarse dentro de los tipos contractuales previstos en la legislación civil y de comercio, tienen elementos afines con ellos, pudiendo aplicarse el artículo 314<sup>25</sup> del Código Civil patrio, siempre y cuando se realice por parte del jurista un estudio profundo, detallado de las características propias que presentan los bienes y servicios informáticos, mucho más, por el hecho de existir la posibilidad de presenciar múltiples prestaciones

---

tanto la contratación como el cumplimiento de la obligación se efectúen por medios electrónicos. Los contratos de suministro mixto: la obligación consiste en garantizar las entregas sucesivas de los bienes necesarios para el sistema, durante un determinado tiempo, en concurrencia con un contrato de mantenimiento. Los contratos de *outsourcing*: consisten en subcontratar en todo o en parte ciertas áreas funcionales de una empresa y en particular, la aplicación y gestión de los servicios informáticos con otra empresa especializada externa (suministrador), que adquiere la responsabilidad del perfecto funcionamiento del sistema con sus propios recursos humanos y materiales, integrándose así estratégicamente, a cambio de un precio cierto, por tiempo definido o indefinido, en la solución de los problemas de la empresa de la forma más adecuada.

El objeto típico de este contrato son las prestaciones definidas a medida, para solucionar unas determinadas necesidades informáticas, con una señalada integración en la estrategia de la empresa.

<sup>22</sup> Tal es el caso de los contratos denominados *shrinkwrap*, que se refieren a los acuerdos de licencia de uso, sin firmar, los cuales estipulan la aceptación por parte del usuario de los términos, se presentan en el momento de abrir el empaque "*shrinkwrap*", u otro empaque de *software*, por el uso del *software*, o por otro mecanismo especificado. Tradicionalmente expresan que al romper el empaque se aceptan los términos en ellos contenidos, pudiendo ser cuando éstos aparezcan en el monitor de la computadora a la hora de instalar el *software*, o en los acuerdos adjuntos al soporte físico del *software*, en donde se establecen las cláusulas.

<sup>23</sup> Los contratos sobre utilización de redes regulan la utilización de la red como canal o soporte de la información y servicios telemáticos, en su inmensa mayoría constituyen contratos de adhesión, que impiden cualquier variación, e incluyen además cláusulas de exoneración de responsabilidad, que pueden llegar a invalidarlo.

<sup>24</sup> Los contratos *webwrap* incluyen varios tipos de transacciones en línea, siendo una de éstas las transacciones de venta de *software*. Éstas requieren que el usuario o consumidor final acepte los términos de la licencia de uso previo al envío del *software*; por tanto son, de igual forma, considerados como contratos de adhesión. En el curso de la transacción, el usuario debe indicar si ha leído y aceptado las cláusulas y someterse a los términos que en la página se establecen para que se perfeccione la relación contractual. Dicha indicación se efectúa con el simple hecho de que el consumidor haga un "*click*" en el botón de aceptar que aparece en su pantalla. De esta forma las empresas tienen la posibilidad de un mercado ilimitado en potencia, gracias a las transacciones en línea, con los acuerdos *webwrap* rigiendo las relaciones comerciales. La posibilidad que tiene el usuario de conocer de los términos de la licencia antes de realizar la transacción, permite la validez del contrato *webwrap*, el cual tendrá fuerza de ley entre las partes y éstas quedarán obligadas a lo que en ellas se exprese, por lo que regirán lícitamente las relaciones jurídicas y comerciales entre el consumidor final y la empresa propietaria.

<sup>25</sup> Artículo 314: "*Las relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este Título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios generales de este Código.*"

englobadas en un sólo contrato<sup>26</sup>, o bien, múltiples contratos<sup>27</sup> sobre prestaciones diversas interconectadas.<sup>28</sup>

### 3.1.2. Los contratos electrónicos. Definición

El artículo 18.1 del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico<sup>29</sup> español define la contratación electrónica como

*Aquella que ha sido celebrada sin la presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, prestando éstas 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.*

El profesor Davara la define como “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>30</sup> Para Barriuso es “aquella que con independencia de cual sea su objeto, que puede ser también la informática, aunque no necesariamente, se realiza a través de medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores.”<sup>31</sup>

<sup>26</sup> Al decir de ROSELLO, tratamos de una materia con “atipicidad estandarizada”, que goza de una tipicidad social individualizada por los usos negociales, doctrina, y en cierto modo, actuación jurisprudencial. ROSELLO, C. C. (1984). “I contratti dell’Informatici, Spunti di riflessione in comparazione con l’esperienza statunitense e francese”. En *I. Contratti de utilizzazione del computer* (a cargo de Guido ALPA). Milán: Giuffré.

<sup>27</sup> Para hacer posible el uso de un sistema informático debe tenerse en cuenta que el *hardware* sólo funciona cuando le es aplicable un *software* y a la vez sólo pueden ser estos útiles a través de un ordenador o computadora.

<sup>28</sup> Para profundizar sobre el tema de los contratos conexos, *vid.* LÓPEZ FRÍAS, A. (1994). *Los contratos conexos*. Barcelona: J.M. Bosch.

<sup>29</sup> En la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de España, aprobada por el Congreso el 27 de junio de 2002 y publicada en el BOE de 12 de julio de 2002, no se define en artículo específico el término “contratación electrónica”, y en la Exposición de Motivos de la propia Ley se explica el concepto de servicios de la sociedad de información como aquellos “que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la Red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador”.

<sup>30</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (1997). *Derecho Informático* (p. 17). Pamplona: Aranzadi.

<sup>31</sup> BARRIUSO RUIZ, C. (2002). *La contratación electrónica* (2ª ed., p. 359). Madrid: Dykinson.

Nuestro Proyecto de Decreto-Ley sobre “Normas generales para la práctica del Comercio electrónico” no refiere concepto de contratos electrónicos ni de informáticos<sup>32</sup>; dispone que el comercio a través de mensajes de datos para considerarse un negocio jurídico debe cumplir con los requisitos que la Ley establece para su perfeccionamiento, validez y eficacia.

Y es que, como podemos observar, lo importante en la definición son los medios utilizados para realizar los contratos, aspecto que en nada contradice a los artículos 309 y 49.1 del Código Civil cubano, si bien, y hacemos hincapié en ello, hay que ser objetivos y reconocer que la utilización de esos medios electrónicos trae aparejada determinadas situaciones que necesitan ser esclarecidas en nuestra legislación.

No obstante, soy de la opinión que en cuanto a criterios conceptuales podemos decir que el contrato electrónico es un concepto más amplio que contrato informático en el sentido de que este último se refiere específicamente a los contratos de contenido informático, los cuales pueden realizarse en ocasiones sin necesidad de utilizar medios electrónicos, pues ellos son en sí su objeto, ya en el caso de utilización de dichos medios la configuraríamos como contratos electrónicos, o sea, como negocio jurídico bilateral, que implica un acuerdo de voluntades propenso a crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligatoria, realizado por medios electrónicos.

En tal sentido, el contrato electrónico no es un nuevo tipo contractual, pues aun cuando, además de la forma, pueden identificarse notas comunes como la celeridad en las operaciones, que se efectúan en tiempo real, la posibilidad de una oferta virtual, o la utilización de códigos o palabras claves (*password*), estos aspectos no contradicen la concepción tradicional del contrato<sup>33</sup>, si bien sus elementos esenciales (consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación) están presentes, sólo que manifestada o transmitida por medios electro-telemáticos, o sea, la voluntad seguirá el proceso que siempre ha seguido, lo que variará será el camino o medio para expresarla.

---

<sup>32</sup> Recuérdese que el Proyecto recoge en el artículo 1.1 que el utilizar un medio electrónico en la contratación permite considerarla comercio electrónico.

<sup>33</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1990). *Sistema de Derecho Civil*, volumen II (6ª ed., pp. 29-32). Madrid: Tecnos.

A razón de esta explicación nos encontramos ante gran variedad de contratos realizados por dichos medios, siendo en la actualidad los más utilizados los celebrados por Internet. Así podemos acceder a contratos de servicios<sup>34</sup> o de compraventas<sup>35</sup>.

## II. MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO CONCERTADO VÍA ELECTRÓNICA

### 1. CONTRATOS ELECTRÓNICOS: ¿Contratos entre ausentes o entre presentes?

La inmediatez que se supone en los contratos electrónicos<sup>36</sup> ha suscitado la discusión en torno a si nos encontramos ante una contratación entre

<sup>34</sup> En el artículo 3.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería se excluyen aquellos en los que la obligación principal del vendedor consista en suministrar mano de obra o prestar servicios. Por su parte, la Organización Mundial de Comercio en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) confirma el diferente tratamiento que debe darse a las compraventas de bienes con respecto a los servicios. En la parte I del artículo 2 del acuerdo base se define el alcance del GATS al regular: *a- los servicios suministrados del territorio de una parte al territorio de la otra; b- los servicios suministrados en el territorio de una parte a los consumidores de la otra (por ejemplo turismo); c- los servicios suministrados por conducto de la presencia de entidades proveedoras de servicios de una parte en el territorio de la otra (un ejemplo serían los servicios bancarios), y d- los servicios suministrados por nacionales de una parte en el territorio de la otra (por ejemplo, proyectos de construcción o servicios de consultoría).*

<sup>35</sup> El régimen jurídico de la compraventa en Internet no es diáfano en absoluto. Varios países han desarrollado mecanismos jurídicos para regular el comercio electrónico, pero aun así el problema no se resuelve, ya que en Internet la mayoría de las transacciones que se efectúan son de carácter internacional, siendo incorrecto aplicarles criterios nacionales que beneficiarían sólo a una parte. No obstante, existen convenciones internacionales que pudieran ser aplicadas a estas transacciones, siempre y cuando partamos de una interpretación uniforme de las mismas. Así, la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías incluye en su artículo 24 el término “o cualquier otro medio”, refiriéndose a los medios utilizados para realizar las declaraciones de voluntad en la contratación, pudiendo entenderse el uso de medios electrónicos. La Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI explica en sus notas finales que “el término ‘comercial’ deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (‘factoring’); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (‘leasing’); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”.

<sup>36</sup> Se está utilizando la televisión interactiva que coloca en contacto a personas, incitándolas a contratar a través de este medio de comunicación, con ausencia de contacto físico.

ausentes<sup>37</sup> o contratación entre presentes. La contratación entre personas distantes, o la producida *ex intervallo temporis*, ha sido estudiada en relación con el momento de perfección del contrato, específicamente con las declaraciones de aceptación. No así la contratación entre presentes, pues es indiscutible la inmediatez entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente. Veamos algunas opiniones de la doctrina:

Explica Zumarán que la contratación electrónica se caracteriza por la ausencia de las partes en la perfección del negocio, aunque no en términos absolutos, debido a que el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede llegar a ser muy reducido, lo que la hace más parecida a una contratación entre presentes, por lo que llega a decir que se trata de una contratación entre ausentes en tiempo real<sup>38</sup>.

Para la mexicana Gabriela Barrios, el correo electrónico constituye la forma más usada en el comercio electrónico, aquí la persona a la que se le hace la oferta la lee al consultar su buzón, teniendo esta oferta efectos desde el momento en que es leída por la persona a la que se dirige, dependiendo de ésta devolver un correo de aceptación a quien se la dirigió, viéndola como una contratación entre ausentes<sup>39</sup>.

En Costa Rica pueden analizarse dos operaciones distintas: por una parte, el Código de Comercio faculta la utilización de usos y costumbres del comercio internacional si no existieran leyes o costumbres nacionales que regulen un acto jurídico, atemperándose a este caso las contrataciones a través de páginas *web*, amén de la utilización de los artículos 480, 1007 y 1009 del Código Civil, y 442 y siguientes del Código de Comercio. Otra sería la de la contratación vía correo electrónico, a la cual sí le es aplicable la legislación nacional que regulan los contratos entre ausentes, como el caso del artículo 435 del Código de Comercio, valiéndose en este último caso de la teoría de la recepción.

---

<sup>37</sup> Término que no debe confundirse con la ausencia legal, proveniente de la declaración judicial ante la desaparición de una persona natural. Entiendase en este supuesto las personas que se encuentran distantes.

<sup>38</sup> ZUMARÁN, S., *La Contratación...*, *op. cit.*

<sup>39</sup> BARRIOS GARRIDO, G., "Avances en la legislación del comercio electrónico. México como parte de la globalización desde una perspectiva latinoamericana". En <http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/sobrepr.html>. Consultada el 14 de abril del 2003.

Martínez Gallego sostiene que el término “ausentes” no es el más apropiado, puesto que éste se encuentra reservado jurídicamente para el supuesto de ausencia legal; considera más apropiado el término “no presentes” para evitar la confusión con los denominados contratos a distancia<sup>40</sup>.

Por el contrario, M<sup>a</sup> del Pilar Perales considera que este tipo de contratación se encuentra dentro del tipo de contratos de los denominados entre ausentes o por correspondencia<sup>41</sup>, así como en los de formación sucesiva.<sup>42</sup>

En opinión de Sonia Berlanga, nos encontramos ante una contratación entre ausentes. Para ella está claro, y sin discusión, que las partes están alejadas, no sólo físicamente sino también alejadas la mayoría de las veces geográficamente, y aunque prácticamente se da por hecho que las telecomunicaciones son un medio de comunicación rápido, eso no significa que la comunicación no pueda encontrarse con obstáculos que impidan esa rapidez. Por todo ello considera que es más razonable la denominación de contratación entre ausentes<sup>43</sup>.

Gete-Alonso opina que no siempre que se contrata a través de un medio informático se está ante un contrato concluido entre ausentes, ya que el programa informático del que se trate puede tener la calificación jurídica de precontrato. En los supuestos del correo electrónico tampoco existe la contratación entre ausentes, dada la inmediatez de la comunicación.<sup>44</sup> En todo caso, ante el silencio legal, debe examinarse el caso concreto para determinar la regla jurídica aplicable.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (2000). *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación* (pp. 113-119). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

<sup>41</sup> PERALES VISCASILLAS, M. P. (1996). *La formación del contrato en la compraventa de mercaderías* (pp. 152-154). Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>42</sup> En igual sentido JULIÁ BARCELÓ R. considera a estos contratos como contratación entre personas distantes, puesto que hay un lapso de tiempo entre la emisión de la declaración y su efectiva recepción. *Vid.* JULIÁ BARCELÓ, R. (2000). *Comercio electrónico entre empresarios* (pp. 333-334), Valencia, Tirant lo Blanch.

<sup>43</sup> BERLANGA, S., “La perfección del contrato en la contratación electrónica”. En <http://www.cibertele.com/nuevo/banners/redir.asp?url>. Consultada el 5 de febrero del 2004.

<sup>44</sup> No es esta opinión coincidente con la sentencia del TS español de 30 de julio de 1996, dictada en el GETE-ALONSO, M. C., ., “La formación del Contrato”. En: AA.VV. (1996). *Manual de Derecho Civil*, tomo II (p. 560), *op. cit.* Madrid: Marcial Pons.

<sup>45</sup> BLANCO, A., *Curso caso de los Hermanos Esteban Longares S.L. c. Pionner.concrete Hispania S.A* (RJ 1996/673), donde el TS español proyecta la previsión contenida en el artículo 1262 del Código Civil para la aceptación hecha por carta “a otros medios de comunicación aportados

El profesor cubano Alberto Blanco ya en los años veinte del pasado siglo refería que

*Las partes contratantes, no obstante encontrarse en lugares distintos y distantes, pudieran también expresar directamente su voluntad de palabra, para formar el consentimiento contractual. Tal ocurre con un medio de comunicación tan directo, tan rápido y exacto como el teléfono; el contrato que se celebra mediante la exteriorización de la voluntad de las partes con el empleo del teléfono habría de ser considerado y regido como un contrato entre presentes, no obstante el hecho muy posible de encontrarse en lugares distantes los interesados en la negociación.*<sup>46</sup>

Lo cierto es que estamos dentro de una era digital en la que no siempre podremos aplicar las normas tradicionales para satisfacer los nuevos problemas jurídicos. Analicemos que la inmediatez reconocida en la contratación telefónica, superpuesta a la distancia física de las partes, se produce por la posibilidad de un intercambio verbal<sup>47</sup> entre éstas, lo cual no puede ser alegado, no obstante la rapidez de las telecomunicaciones<sup>48</sup>, en la mayoría de los contratos realizados por medios electrónicos. Al menos en cuanto a los contratos realizados a través de videoconferencias, cuarto de *chat*, no puede afirmarse que exista un espacio y tiempo que separe la comunicación entre las partes –como ocurre con el correo electrónico, en el que sí podemos aplicar las normas de contratación a distancia– y no son aplicables las normas referidas a los contratos por carta. Difiero de Capote en cuanto a su afirmación de que “la mayor celeridad del medio empleado no puede igualarse al mutuo consentimiento que de forma instantánea se genera entre presentes”<sup>49</sup>, ya que las compraventas hechas en el ciberespacio y

---

por los avances de la técnica moderna (...) que sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados”.

<sup>46</sup> GETE-ALONSO, M. C., “La formación del Contrato”. En: AA.VV. *Manual de Derecho Civil*, tomo II *op. cit.*

<sup>47</sup> BLANCO, A. (1947). *Curso de Obligaciones y Contratos*, tomo II (p. 125). La Habana: Ed. Cultural.

<sup>48</sup> El artículo 850 del Código de Comercio colombiano regula: “La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes.”

<sup>49</sup> ILLEZCAS ORTIZ, R. (2001). *Derecho de la contratación electrónica* (p. 253), España, Civitas, reconoce que se trata de una contratación, en efecto, entre partes distantes en el espacio y cuyo proceso de formación se dilata generalmente en el tiempo aun cuando los mensajes de datos



en un supermercado pueden ser (en dependencia del medio utilizado) similares, de hecho ello implicaría no tomar en cuenta la verdadera naturaleza de Internet.

## 2. TEORÍAS SOBRE EL MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO

En relación con los contratos celebrados entre partes distantes, se han expuesto varias teorías con respecto al momento de perfección del contrato. Primero se desarrollaron dos teorías:

*Teoría de la emisión o declaración:* En ella el momento decisivo es la emisión por el aceptante de su declaración de voluntad, pues a partir de entonces se entiende existe la coexistencia de las declaraciones de voluntad (oferente-aceptante), tomando como ventaja la celeridad, puesto que aun sin la aceptación ser conocida por el oferente, el aceptante podría comenzar a ejecutar el contrato, mediando sólo una comunicación de dicho comienzo.

*Teoría de la cognición:* En ésta se sitúa la perfección en el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente, dado su carácter recepticio. Como expresara Gómez Laplaza, “las declaraciones de voluntad concurren.”<sup>50</sup>

Ambas teorías han sido objeto de críticas por la doctrina,<sup>51</sup> que opino muy certeras, pues, ¿cómo encontrarnos vinculados por lo que ignoramos? Y aun con la solución brindada por la segunda teoría, ¿sería justo que por causas imputables al oferente éste no conociere de la aceptación diligentemente realizada y por tanto no se perfeccione el contrato? Todo ello amén de los inconvenientes probatorios.

Por estas razones surgen otras dos teorías, denominadas intermedias:

---

contenedores de las voluntades constitutivas viajen raudamente entre un lugar y otro, tan raudamente como la voz en una conversación telefónica.

<sup>50</sup> CAPOTE PÉREZ, L. J., “La aceptación de la oferta realizada a través de Internet en los ámbitos civil y mercantil”. En <http://derin.uninet.edu/cgi-bin/derin/vertrabajo?id=38>. Consultada el día 3 de marzo del 2003.

<sup>51</sup> GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII (p. 126), volumen 1º B (artículos 1261 a 1280 del Código Civil), bajo la dirección de ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia, Madrid, EDERSA.

*Teoría de la expedición:* donde no sólo se requiere la emisión de la declaración de voluntad por el aceptante sino de su envío al oferente, y sería a partir de entonces que el contrato se entiende perfeccionado, pues ya el aceptante hizo lo debido, lo cual podría probar con gran facilidad. Como indica Díez-Picazo: "...mientras la declaración de voluntad de aceptación se mantiene dentro del círculo o ámbito del propio aceptante, debe ser considerada como ineficaz para determinar la existencia de un contrato".<sup>52</sup>

*Teoría de la recepción:* en ella lo importante es el hecho de que la voluntad expresada llegue al ámbito de intereses del oferente, o sea que se presente la real posibilidad de su conocimiento, si éste actuase diligentemente.

En la primera de ellas podría cuestionarse la posibilidad de recuperar la aceptación, e incluso su irrevocabilidad, y la segunda, como expresa Gómez Laplaza, plantearía problemas el hacer depender la conclusión del contrato de un hecho material.<sup>53</sup>

Lo importante radicaré en la posición adoptada por cada Derecho positivo (siempre con carácter supletorio a la autonomía de la voluntad de las parte). En Derecho comparado existe predominio de las teorías intermedias, siendo acogida la expedición por el Código Civil argentino<sup>54</sup>, artículo 1.154, y la de la recepción por el Código Civil mexicano para el Distrito Federal, artículo 1.807<sup>55</sup>, y el Código de Comercio de Colombia, artículo 864<sup>56</sup>.

La perfección del contrato puede presentar problemas, no sólo por el lapso de tiempo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el destinatario, sino también cuando éste existe entre oferta y aceptación.

---

<sup>52</sup> Vid. en tal sentido Díez-Picazo, L., *Fundamentos... I, op. cit.*, pp. 200-202; GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *Comentarios..., op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>53</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... I, op. cit.*, p. 322.

<sup>54</sup> GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *Comentarios..., op. cit.*, p.128.

<sup>55</sup> No obstante, el actual Proyecto argentino de Código Civil recoge en el artículo 915.- "CONCLUSIÓN DEL CONTRATO. El consentimiento se forma con la oferta y la aceptación. El contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente", acogiéndose entonces a la teoría de la recepción.

<sup>56</sup> Artículo 1807: "El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes."

En los contratos por correspondencia, los momentos de oferta y aceptación necesariamente tienen que separarse. Primero existe el momento en que se hace la oferta y se envía el despacho que la contiene, luego aquel en que la otra lo recibe, lo conoce y envía a su vez el despacho contentivo de la aceptación, y aquel otro en que la aceptación es recibida y conocida por el oferente.

El artículo 1262.2 del Código Civil español, anterior a su modificación del 2002 a tenor de la LSSICE, se refiere a la aceptación hecha por carta, considerada como contratación entre ausentes, dado que el medio escogido para manifestar la voluntad supone una dilación temporal relevante entre la oferta y la aceptación.

Como se explica, el artículo 1262.2 español (en su prístina redacción) soluciona el problema en caso de dilación temporal entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente y acoge el criterio de la cognición.

Según Gómez Laplaza, el segundo párrafo del artículo 1262 simplemente da solución a un problema específico que no se da en la contratación entre presentes. En ésta es indiferente si el contrato se perfecciona al emitir la declaración de aceptación o al conocerla el destinatario, ya que coinciden los momentos, o son jurídicamente irrelevantes<sup>57</sup>.

El Código de Comercio de España, en la modificación del artículo 54 (cuyo texto actual es idéntico en sus párrafos dos y tres al artículo 1262 del Código Civil español) hace alusión a dos teorías distintas, la cognición y la expedición, esta última para los contratos celebrados por dispositivos automáticos<sup>58</sup>, formulación que resulta llamativa al diferenciar su regulación de los celebrados entre partes distantes, lo cual es recogido en el primer párrafo. Dicha modificación expresa lo siguiente:

*Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a*

<sup>57</sup> Artículo 864. “[...] Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.”

<sup>58</sup> GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *Comentarios...*, op. cit., p.129.

*la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.*

*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.*

Como se evidencia, con esta modificación se han acogido los criterios de la doctrina cuando reconoce que “las consecuencias injustas para el aceptante de una demora en el conocimiento de la aceptación, imputables al oferente, deben ser suavizadas acogiendo los criterios sostenidos por la teoría de la recepción”<sup>59</sup>.

En tal sentido, la jurisprudencia española ha acogido criterios de la teoría de la recepción, siendo suficiente que se pruebe que la declaración ha podido ser conocida por el destinatario, teniendo éste que asumir la carga de la prueba en contrario.<sup>60</sup>

El artículo 310 del Código Civil patrio<sup>61</sup> reconoce el momento de perfección cuando las partes manifiestan su voluntad, lo cual sería válido en una contratación entre partes presentes, pero al dar lectura al artículo 317, segundo párrafo, del propio cuerpo legal, cuando el acto se realiza por carta u otro medio de comunicación, se obliga el aceptante desde que emite su voluntad y el oferente desde que llega ésta a su conocimiento, siguiendo el criterio de la cognición. A este respecto, Alberto Blanco opinó que, ante las dificultades que suscitaría la prueba de un hecho psicológico cual el conocimiento de la aceptación, “mucho más lógico parece entender o que la recepción es suficiente o presumir por ella el conocimiento de la aceptación”.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> En la sentencia de 31 de mayo de 1993 el TS español admitió: “la contratación por télex y el Código de Comercio en su artículo 51 se refiere a la correspondencia telegráfica”.

<sup>60</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I – Introducción. Teoría del Contrato, tomo II, volumen I (p. 214). Madrid: Cívitas. En similar sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L. (1987). *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de Obligaciones, volumen 2º - Teoría General del Contrato (2ª ed., p. 92). Barcelona: Bosch.

<sup>61</sup> En la sentencia del 7 de noviembre de 1977 del Tribunal Supremo español se reitera que debiendo considerarse recibida tal declaración, aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento, como ocurre en el caso de que fuera emitida oportunamente la declaración por el optante y no llega a conocimiento del concedente por causa exclusivamente a él imputable (supuesto de consignación de un domicilio inexacto).

<sup>62</sup> Artículo 310: “El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad.”

Esta solución civil trae una discrepancia con el ámbito mercantil<sup>63</sup>, cuando el artículo 54 del Código de Comercio cubano establece, para el caso de contratos celebrados por correspondencia, la perfección desde que se emita la aceptación (teoría de la emisión).

Tales discrepancias han encontrado argumentos en que las teorías de la emisión y de la expedición son más factibles al dinamismo del tráfico mercantil, mientras que las demás se adaptan mejor a la contratación civil.<sup>64</sup>

Soy del criterio que el momento de perfección entre presentes queda correctamente regulado en el artículo 310 del Código Civil cubano. Sin embargo, cuando estamos en un contrato realizado entre partes distantes debe estipularse tal momento desde que el oferente tiene la posibilidad de conocer la aceptación, acogándose en este caso la teoría de la recepción, tal y como se propone en el Proyecto cubano de Decreto-Ley "De la Contratación Económica"<sup>65</sup>, el que según su Disposición Final Segunda podrá ser de aplicación supletoria a otros contratos en lo no previsto para ellos por sus normas especiales y el Derecho común. Este aspecto resultaría controvertible. Para que esta legislación especial sea utilizada en un contrato civil, las partes deberán expresar diáfamanamente su acogimiento, partiendo del carácter dispositivo de estas normas; en caso contrario sería inaplicable, y el juez de lo civil no podría apartarse del 317.2.

En textos legales internacionales<sup>66</sup>, como la Convención<sup>67</sup> de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de

<sup>63</sup> BLANCO, A., *Curso...II, op. cit.*, p. 130.

<sup>64</sup> *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B. "Hacia un nuevo Derecho de obligaciones". En PÉREZ GALLARDO, L.B. (coordinador) *et al.* (2000). *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos* (pp. 21-22). La Habana: Ed. Felix Varela, donde el autor explica la no necesaria duplicidad del régimen contractual.

<sup>65</sup> URÍA, R. (1997). *Derecho Mercantil* (24ª edición, p. 532). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

<sup>66</sup> *Vid.* Proyecto cubano de Decreto Ley "De la Contratación Económica", artículo 16: "La aceptación de la oferta del contrato ha de ser categórica y sin reservas, perfeccionándose el contrato desde el momento en que el asentimiento llegue al oferente."

<sup>67</sup> Considérese lo expresado en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos en su artículo 20: "Las declaraciones y los actos unilaterales recepticios producen los efectos que pueden derivar de ellos en virtud de la ley, de la costumbre y de la buena fe a partir del momento en que llega a conocimiento de la persona a que son destinados y, aun cuando su emisor los declare irrevocable, pueden ser retirados hasta ese momento". Y regula en el artículo 21.1: "La oferta, la aceptación, su retiro y su revocación, así como el retiro y la revocación de cualquier otra manifestación de voluntad, incluyendo los actos previstos

Mercaderías de 1980<sup>68</sup> y los Principios de UNIDROIT<sup>69</sup>, se sigue el criterio de la recepción, al entenderse que es el que mejor se asocia con los principios de la buena fe<sup>70</sup>, de autorresponsabilidad y confianza.

Esto se justifica porque la llegada o recepción hacen efectivas las declaraciones de voluntad, efectividad que ha de situarse en el momento en que llega al ámbito de intereses del destinatario, sin perjuicio de que éste haya llegado efectivamente a conocerla o no.

Otro problema que se debe resolver sería el supuesto en que la aceptación llegase retrasada o no llegase al poder del oferente por causas ajenas al aceptante. Esto pudiera darse en el ciberespacio por los riesgos propios del correo electrónico.<sup>71</sup> En este caso, plantean diversos ordenamientos, como el alemán y el suizo, que el oferente podría quedar vinculado, excepto que manifieste inmediatamente al aceptante dicha demora o no arribo, sino valdría la aceptación como hecha tempestivamente.

Si el aceptante ha hecho todo aquello que estaba a su alcance para que el oferente conociera su declaración, y si este último pudo y debió conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si las hubiera conocido, aunque no haya sido así real y efectivamente.

---

en el Artículo precedente, se juzgan conocidos por el destinatario en el instante en que le son comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita le es entregada en su propia mano o llega al domicilio de su empresa o de su lugar de trabajo, a su domicilio postal, a su residencia habitual o al domicilio que eligió. 2. El destinatario puede probar que, sin culpa, estuvo imposibilitado de tomar conocimiento de ello”.

<sup>68</sup> Cuba se adhiere a esta Convención el 2 de noviembre de 1994 y entra en vigor el 1° de diciembre de 1995.

<sup>69</sup> La Convención recoge en el artículo 18.2: “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente [...] La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.” Ello en relación con el artículo 24: “A los efectos de esta parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente o en su establecimiento o dirección postal...”.

<sup>70</sup> Artículo 2.6 (3): “La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llegue al oferente”. Según se explica, esta decisión obedece a que resulta más sensato localizar el riesgo de la transmisión de la comunicación en el aceptante, pues es quien escoge el medio de comunicación, determinando cuáles son arriesgados o tardíos.

<sup>71</sup> Vid. en tal sentido las consideraciones sobre la obligación de negociar de buena fe en el ámbito internacional en ACUÑA SBOCCIA, G., “El contrato internacional: problemas relativos a su negociación y perfección”. En OVIEDO ALBÁN, J. et al. (2004). *Estudios de Contratación Internacional* (Régimen uniforme e internacional privado) (pp. 563-566). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Javegrag.

En los contratos celebrados entre partes distantes, como hemos podido observar, se necesita un equilibrio mayor entre las partes contratantes, y esto lo permite la teoría de la recepción, pues no es el oferente el único beneficiado. Esta corriente favorece el tráfico jurídico de los negocios, fin esencial de la contratación, por lo que debiera modificarse el artículo 317.2, y ubicarlo dentro del 310, acogiendo la teoría aquí defendida.

### 3. EL MOMENTO DE PERFECCIÓN EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO

La Ley Modelo de la CNUDMI regula en su artículo 15 el tiempo y lugar del envío y la recepción del mensaje de datos. No nos dice el lugar y el momento en que debe entenderse perfeccionado el consentimiento a fin de no interferir con los ordenamientos nacionales, pero sí nos ofrece normas que pueden facilitar su determinación por cada Derecho interno.

En el Derecho anglosajón desde hace varios años se han instituido políticas legales en cuanto a la reglamentación de los contratos en Internet. Algunos autores han proferido que las reglas generales de contratación vía Internet no cambian en su mayoría en relación con las reglas generales de los contratos comunes. Johnston, Handa y Morgan plantean que al existir poca experiencia en la cibercontratación deben aplicarse de manera analógica las reglas comunes. La aceptación puede realizarse perfectamente por medio de un correo electrónico, lo que perfeccionaría el contrato, con lo cual se produciría según ellos, un caso de contratación a distancia, por lo que debe estudiarse la adaptación de normas especiales para este tipo de contratos. Así es que mencionan la *Mailbox rule* o regla del correo, la cual define que la aceptación de una oferta a distancia se considera realizada después del envío por correo del mensaje contentivo de dicha aceptación. Una vez depositada la carta, el riesgo lo corre el oferente. En el ciberespacio, la aplicación de esta regla depende del medio por el que se envíe el mensaje. Si se utiliza el correo electrónico, al existir un tiempo considerable entre envío y recepción, se aplica la *Mailbox rule*. Si las comunicaciones se realizan a través de un sitio *web* que ofrece al sujeto la posibilidad de apretar el botón de "Acepto", no podrá aplicarse dicha regla, pues no existe retraso entre el envío y la recepción del mensaje; desapareciendo el tiempo, no proceden entonces las normas de contratación entre ausentes.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Entiéndase como los eventuales congestionamientos de la red, presencia de piratas informáticos que impiden la recepción del mensaje contentivo de la manifestación o que éste llegue distorsionado.

Por su parte, el Código Civil chileno expresa que el consentimiento se forma cuando el destinatario –receptor– de una oferta la acepta sin modificaciones, independientemente de que el oferente –o emisor– se entere o no. Jijena opina que dicha norma no siempre se aplica, pues los intervinientes pueden encontrarse regidos por leyes que optan por soluciones distintas<sup>73</sup>.

El Código Civil argentino se adhiere al sistema de la expedición en su artículo 1154, al expresar que la aceptación perfecciona el contrato desde que la misma se hubiere enviado al proponente, y determinan como excepciones: que el aceptante puede revocar su aceptación hasta que sea conocida por el oferente (artículo 1155.1), y que ésta pierde virtualidad si antes de ese momento el oferente fallece o pierde su capacidad para contratar. Según criterio de Salvat,

*el Código ha seguido un sistema intermediario: el contrato no se considera perfeccionado y definitivamente concluido hasta el momento en que la aceptación llega al conocimiento del proponente, y es por eso que hasta entonces el aceptante puede retractarse de ella (artículo 1155.1); pero una vez que esa condición se cumple, ella funciona retroactivamente y, en consecuencia, desde ese momento la conclusión o perfección del contrato se considera producida a contar desde el momento en que la aceptación fue enviada (artículo. 1154) [...] este sistema tiene la ventaja de hacer coincidir las dos voluntades en un momento dado, con lo cual se evitan las controversias y discusiones sobre la necesidad de que el conocimiento de la aceptación del promitente por el oferente llegue, a su vez, al conocimiento de aquél: se evita así el círculo vicioso del sistema de la cognición.<sup>74</sup>*

Estos autores no hacen referencia a la distinción entre los contratos realizados vía correo electrónico, la contratación directa en un sitio *web* y la que se produce por conexión audio a través de redes abiertas, Internet o a través de videoconferencia; cosa preocupante, ya que es notable la diferencia de éstas últimas con los contratos entre ausentes, pues ellas sí que se asemejan a la contratación telefónica.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> JOHNSTON D., HANDA, S. y MORGAN, Ch. (1997). *Cyberlaw, what you need to know all business on line* (p. 179). Toronto, Canadá: Stoddart Publishing.

<sup>74</sup> JIJENA LEIVA, R. J., “Comercio electrónico y derecho. La problemática jurídica del contrato electrónico”. En [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/ecommerce.ppt](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/ecommerce.ppt). Consultada el 10 de marzo del 2003.

<sup>75</sup> SALVAT, R. (1941). *Contratos en general* (p. 36). Buenos Aires: Ejea.



El Anteproyecto de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE)<sup>76</sup> optaba por una regulación específica intrínseca en la Ley de un momento de perfección del contrato electrónico. En el artículo 32 del Anteproyecto se establecía:

1. *El contrato electrónico se entenderá celebrado en el momento en que la aceptación del destinatario o la formulación de su petición llegue al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en él almacenado y accesible por este último.*
2. *Lo establecido en este artículo se aplicará tanto a los contratos civiles como a los mercantiles.*

Así se precisaba una regulación específica del momento de perfección del contrato electrónico. Unificaba los contratos mercantiles y civiles electrónicos, seleccionando la teoría de la recepción como la determinante de la perfección de los contratos electrónicos.

No se impuso finalmente dicho criterio. Se optó porque se reformaran los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, a tenor de lo preceptuado en su Disposición Final Cuarta (con idéntica redacción a la ya enunciada cuando hicimos referencia al artículo 54 del Código de Comercio), para uniformar su aplicación a las distintas ramas del Derecho, y sobre todo para optar por una categorización del momento de perfección del contrato atendiendo a los dispositivos automáticos utilizados en su formación, y separarlo así diáfananamente del contrato entre ausentes.

A este respecto se hace nacer el contrato “desde que se manifiesta la aceptación” si se ha realizado por dispositivos automáticos. Estas son las teorías de la expedición o comunicación que se nos exponen en los últimos párrafos de los artículos 1.262 y 54, y que difieren por completo de la recepción que en el propio Anteproyecto de la LSSICE se había concebido. Dicho momento de perfección ocurre antes de que el oferente conozca la aceptación, y antes, incluso, de que haya llegado dicha aceptación al ámbito del oferente.

<sup>76</sup> Varios autores son partidarios de que la contratación vía fax o télex es contratación entre presentes (criterios que tampoco comparto por las explicaciones brindadas). Puede verse en VATTIER FUENZALIDA, C. (1999). “En torno a los contratos electrónicos”. En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, pp. 75 y ss.; CARRASCOSA LÓPEZ, V, POZO ARRANZ, M. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P. *La contratación...*, op. cit., p. 33.

A mi juicio, se evidencia mayor ventaja y seguridad en la teoría de la recepción (en especial cuando a contratos por vía electrónica realizados entre partes distantes nos referimos, *ad. ex, e-mail, páginas web*), pues ésta permite que el mensaje llegue al buzón del destinatario, sin necesidad de que tenga que abrirlo o leerlo para conocer el contenido de la aceptación, ya que contiene información como el nombre del remitente y del destinatario, la fecha y asunto de que trata el mensaje. De acogerse esta teoría quedaría a la legislación especial regular cómo determinar el momento de recepción cuando la información fluya a través de mensaje de datos, lo cual el Proyecto cubano de Decreto-Ley sobre “Normas generales para la práctica del comercio electrónico” establece en el artículo 6 de forma muy certera.

#### 4. ACUSE DE RECIBO Y CONFIRMACIÓN

Una lectura elemental de lo que la teoría de la recepción considera necesario para el nacimiento del contrato, nos podría llevar a la conclusión de que el oferente puede estar asumiendo un riesgo, proveniente de la no obligatoriedad para la perfección, de que conozca la declaración, ya que en cuanto ésta llega a su poder el contrato es perfecto.

En los contratos electrónicos pudiese ser necesario algo más que la llegada para garantizar la perfección<sup>77</sup>, pues se utilizan medios electrónicos complejos por naturaleza. Los mensajes pueden retrasarse en el tiempo, lo cual da lugar a una inseguridad jurídica en ambas partes. La solución pudiese ser completar la teoría de la recepción con un acuse de recibo, y confirmación.

El acuse de recibo<sup>78</sup> constituye la certeza<sup>79</sup> de que el mensaje ha arribado a sus destinatarios, pero no garantiza que su contenido haya llegado inalterado. La confirmación es un acto de comunicación, consistente

<sup>77</sup> Anteproyecto en su versión del 18 de enero del 2001.

<sup>78</sup> El Anteproyecto del Código Europeo de Contratos dispone en el artículo 16.5: “El autor de la oferta, si da una confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar como concluido el contrato que es objeto de una aceptación de la cual toma conocimiento en fecha posterior al plazo previsto por el inciso 3 del artículo 15, o de una aceptación no adecuada a la forma o a las modalidades fijadas por la oferta.”

<sup>79</sup> El acuse de recibo consiste en un mensaje de datos contenedor de una declaración en cuya virtud su iniciador, destinatario de un precedente mensaje de datos, comunica al iniciador de este último la recepción del mismo. En el EDI los acuses de recibo declararán no sólo la recepción del mensaje de datos sino también su procesabilidad por el sistema de información del destinatario.

en que el destinatario del mensaje de datos, recibido y acusado, pide al remitente una corroboración, lo cual supone que el iniciador se reitera en su voluntad.

En la LSSICE, artículo 28, se expone la obligación del oferente de confirmar la recepción de la aceptación, ya sea por un acuse de recibo o por otro medio de comunicación electrónica equivalente, entendiéndose así que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirija puedan tener constancia de ello. Dicha constancia se presumirá desde que el acuse quede almacenado en el servidor donde esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de las comunicaciones.

Según el Código Civil peruano, artículo 1374, si la aceptación se realiza a través de medios electrónicos, se presumirá su recepción cuando el remitente (aceptante) recibe acuse de recibo. Así, el contrato electrónico se distancia de las teorías enunciadas a consecuencia de la naturaleza de los medios empleados.

El Proyecto cubano de Decreto-Ley sobre “Normas generales para la práctica del comercio electrónico” en su artículo 8 reconoce la necesidad de acusar recibo para surtir efectos un mensaje de datos cuando sea requerida por disposición legal o por el emisor, y se reconoce en el artículo 7 que lo antecede lo referido al momento en que se entiende recepcionado un mensaje de datos en caso específico de exigencia de acuse de recibo.

Como se puede apreciar, los cuerpos normativos tienden a introducir la obligación<sup>80</sup> de una notificación del oferente para confirmar el recibo de la aceptación.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Cfr. CANDELARIO MACÍAS, M. I., “El comercio electrónico: un examen de la contratación electrónica en el sector bancario”. En <http://www.latinlex.net/cuadernos>. Consultada el 23 de marzo 2004.

<sup>81</sup> Nótese en este sentido el término obligación y no requisito de perfección. El profesor FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2001), *Contratación electrónica: La prestación del consentimiento en Internet* (pp. 64-71), España, J. M. Bosch, explica que parece que la Directiva ha sentado un nuevo principio de perfección, al que podría denominarse de la confirmación. Aspecto con el que no coincidimos, el acuse sólo comprende un deber; el propio autor reconoce finalmente que el acuse no es un requisito para la perfección y no afectaría a la existencia del vínculo contractual.

El acuse de recibo, en las comunicaciones vía correo electrónico<sup>82</sup>, resulta fácil de lograr al ser automático, bastando sólo que el destinatario accione dicho dispositivo en su sistema de correo para que los mensajes que le lleguen remitan automáticamente<sup>83</sup> un acuse de recibo cuando son abiertos. Este mecanismo automático permite al remitente de una declaración contractual conocer el momento exacto en que el destinatario está tomando conocimiento de la declaración. Pero no es el caso de la recepción, pues puede haberse recibido la aceptación y encontrarse ésta en el buzón del oferente desde mucho antes de abrir el mensaje y que se produzca el acuse de recibo. Por lo que se tendría en cuenta la fecha en que el mensaje entró en el sistema del oferente.

En relación con el plazo de expedición del acuse de recibo es importante precisar que éste será el que se haya convenido previamente entre iniciador y destinatario del mensaje de datos, el que puede ser sustituido por el plazo establecido unilateralmente por el iniciador o fijado por el sistema de información o el código de conducta del sistema.

En definitiva, tanto el acuse como la confirmación<sup>84</sup> suponen una garantía jurídica de que los mensajes han llegado, pero en ningún caso puede hacerse depender de ello la perfección del contrato: ello supondría dejar a facultad del oferente tal decisión. Las partes pueden pactar el acuse a efectos de que puedan optar por otros mecanismos de seguridad distintos a la firma electrónica<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. PERALES VISCASILLAS, M. P., "Formación del contrato electrónico". En ILLESCAS ORTIZ, R., J. CREMADES y FERNÁNDEZ- ORDOÑEZ, M. A. (coordinadores) (2002). *Régimen jurídico de Internet* (pp. 915-920). Madrid: La Ley.

<sup>83</sup> En la Directiva 2000/31/CE se excluye la obligación del acuse de recibo en la contratación por correo electrónico; en su artículo 11.3 se regula: "El primer guión del apartado 1 y el apartado 2 del Artículo 11 no se aplicarán a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación igual equivalente". Pudiese ser previsible casos de EDI o mensajes de datos en entornos cerrados.

<sup>84</sup> ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho...*, op. cit. pp. 245-246 no es partidario de que la indicación efectuada por intermediarios (redes o ISP) de que el mensaje de datos ha sido recibido por el SI del destinatario, sea considerado un acuse de recibo. Aspecto con el que no coincidimos, ya que el acuse debe bastar para indicar que se ha recibido el mensaje de datos.

<sup>85</sup> La Directiva europea, según su tenor literal, dispone que recae la obligación de acusar recibo sobre el prestador de servicios. En el comercio empresario-empresario no es fácil distribuir tal condición a una sola de las partes, por lo que la obligación recae sobre todos los sujetos contratantes, salvo pacto contrario.

De hecho, el comercio electrónico aún se resiente de varios problemas, y uno de ellos es la seguridad. En tal sentido es importante avizorar la posibilidad de que el notario pueda servir como autoridad de registro para que el proveedor de servicios de certificación pueda garantizar a quien solicite, que unas determinadas claves de codificación pertenecen a una persona física o jurídica<sup>86</sup>. Relacionado con este tema recuérdese la posibilidad de determinación de la fecha y hora en que se emite el documento electrónico (*time stamping*) como posible función notarial.

### A MODO DE CONCLUSIONES

- El gobierno cubano se ha propuesto impulsar y crear las condiciones necesarias para extender el comercio electrónico en el país. Con esos fines se han elaborado proyectos legislativos sobre el tema, los que acertadamente remiten al ordenamiento tradicional en aspectos relativos a perfeccionamiento, validez y eficacia de los contratos, aunque esto conlleva a realizar modificaciones en la legislación existente, especialmente en relación con el *tractus* contractual.
- La doctrina al estudiar los contratos electrónicos ha establecido diversas definiciones, homologándola en ocasiones con el término “comercio electrónico”. Posición errónea si partimos de que éste no incluye sólo a los negocios jurídicos sino a otras actividades propias del tráfico mercantil, tales como: publicidad, marketing y servicios postventas. Cuando hacemos referencia al acuerdo de voluntades,

---

<sup>86</sup> En la firma electrónica se utiliza la criptografía de clave pública y se la denomina firma digital, que según los estudiosos no es la firma escaneada o faxeada, que solemos tener a la vista en algunos documentos, sino una firma criptográfica, cuya ciencia, nada nueva, es conocida desde muchísimo tiempo atrás, y muy especialmente en época de los egipcios y perfeccionada durante las guerras, cuando se enviaban mensajes cifrados, y que solamente la persona que poseía clave la podía descifrar o entender. Para codificar un mensaje antes de enviarlo, y para descodificarlo después de recibirlo se utiliza la misma clave, lo que se denomina criptografía simétrica o llave privada, que presenta el grave inconveniente de tener que remitir la clave a la otra parte, corriendo el riesgo de que sea interceptada. En cambio, el sistema de criptografía asimétrica, también llamado de llave pública, tiene la ventaja de que la llave que se utiliza para codificar no es la misma que la utilizada para descodificarlo; así cada persona que utiliza este sistema tiene dos llaves, una pública y otra privada. Como su nombre lo indica, la pública es de conocimiento general, y la privada, de conocimiento personal y secreto. Conociendo los dos sistemas y la distinción entre las llaves pública y privada, los usuarios pueden insertar su firma en los documentos electrónicos, a lo que llamamos firma digital. Ahora bien, para identificar al autor del documento firmado, bastará con aplicar la llave pública de esa persona a la firma electrónica.

tendente a crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligatoria, manifestado por medios electrónicos en vez de físicos, con independencia de su objeto, entonces estaríamos en presencia de un contrato electrónico; razones que nos lleva a considerar que no nos encontramos ante un nuevo tipo contractual.

- Existen en la doctrina disquisiciones en considerar los contratos concertados por dispositivos electrónicos como contratación entre ausentes, debido a la distancia geográfica y temporánea, o como contratación entre presentes, a causa de la simultaneidad de las declaraciones. Debe considerarse como contratación entre ausentes la realizada a través del correo electrónico y en páginas *web*, al existir un lapso de tiempo que media entre las declaraciones de voluntad de las partes, resultando necesario separar la oferta de la aceptación. Caso distinto es el del contrato realizado en un cuarto de *chat* o por videoconferencias, medios que permiten que las declaraciones de voluntad se emitan simultáneamente, al desaparecer el lapso de tiempo, pues son medios rápidos, directos, sin importar el hecho frecuente de que se encuentren en lugares distintos y distantes; así, este tipo de contratos se perfila dentro de los realizados entre presentes.
- La contratación entre ausentes ha sido estudiada en relación con el momento de la formación del contrato, y en las legislaciones patrias existen distintas posiciones. Nuestro Código Civil se afilia a la teoría de la cognición y el Código de Comercio a la teoría de la emisión. Con fines prácticos, la teoría de la recepción sería más adecuada, tal y como prevé el proyecto de Decreto-Ley “De la contratación económica” y establecen las normas de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías de la CNUDMI y los Principios UNIDROIT, dado que logra una equidad mayor entre las partes y favorece el tráfico jurídico de los negocios, asociándose mejor con los principios de buena fe, de autorresponsabilidad y de confianza. Teoría que dentro de los contratos celebrados por medios electrónicos encuentra su contrapeso en la obligación legal del acuse de recibo y confirmación.

<sup>87</sup> En la Declaración de la Unión Internacional de Notariado Latino del 2 de octubre de 1998 se explica que la prestación de servicios de certificación debe consistir en una cadena que parta de un notario individual y vaya ascendiendo por las diversas estructuras de organización nacional hasta llegar a la propia Unión. El tema de la intervención del notario en la contratación vía electrónica debiera ser objeto de continuas investigaciones en nuestros predios.

## Referencias

- RIOSECO LÓPEZ-TRIGO, P. (2001). *Comercio Electrónico: la nueva conquista* (p. 79). Cuba: Ed. Científico-Técnica.
- Cfr. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1998). *Sistema de Derecho Civil*, volumen II (8ª edición, pp. 447-497). Madrid: Tecnos; CLEMENTE, T. (1987). *Derecho Civil. Parte General*, tomo II, primera parte (pp. 333-362). La Habana: Ed. Andre Voisin.
- Vid. AMOROSO FERNÁNDEZ, Y. (2000). "Consideraciones preliminares acerca del Comercio en general y el electrónico ante la legislación cubana vigente" (pp. 9-14). *III Conferencia Internacional de Derecho e Informática de La Habana*, Cuba, mayo.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P. (1997). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual* (p. 5). Granada: Comares.
- ILLESCAS ORTIZ, R. (1999). "El Comercio electrónico: fundamentos de Derecho y el principio de la equivalencia funcional". En *Boletín de inflación y análisis macroeconómico*, N° 56, p. 64.
- GETE-ALONSO, M. C., citado por VATTIER FUENZALIDA, C. (1999). "En torno a los contratos electrónicos", *Revista de legislación y jurisprudencia*, N° 1 (Madrid), p. 19.
- MAGLIONA MARCOVITCH, C.P. y LÓPEZ MEDEL, M. (1999). "Delincuencia y fraude informático". *Derecho comparado y Ley*, N° 19.223, p. 29. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ZUMARÁN, S. La Contratación Electrónica". En [http://www.ipce.org.pe/ contraelec.htm](http://www.ipce.org.pe/contraelec.htm) Consultada el 3 de abril de 2003.
- HESS ARAYA, Ch. "Contratos informáticos: propuesta de clasificación para efectos didácticos." <http://www.hess.cr.com/publicaciones/dereinfo/ clasifcontra.html>. Consultada el 20 de enero del 2003.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V. (1998). "El comercio informático". Ponencia presentada en el *VI Congreso de Informática y Derecho*. Uruguay.
- Acogiendo criterios similares, DARÍO VERGEL, S. (1994). "Responsabilidad civil derivada de la informática", *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Actas volumen I, *Informática y Derecho*, N° 4, UNED, Mérida, Aranzadi; CARRASCOSA, V. et al., *La contratación...*, op. cit.; NÚÑEZ, J. (1998). *Software: licencia de uso y empresa*, Perú, Fondo editorial de la Universidad de Lima.
- GÓMEZ- ACEVEDO, J. y POMBO, M. (1994), en la ponencia "Cómo protegerse de los riesgos derivados de las cláusulas abusivas en los contratos de hardware y software", Institute for International Research, Madrid.
- DARÍO VERGEL, S. (1994). "Responsabilidad civil derivada de la informática", *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Actas volumen I,

Informática y Derecho, N° 4, UNED, Mérida, Aranzadi; CARRASCOSA LÓPEZ, V. *et al.* (1997). *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual* (p. 94), Granada, Comares.

Al decir de ROSELLO, tratamos de una materia con “atipicidad estandarizada”, que goza de una tipicidad social individualizada por los usos negociales, doctrina, y en cierto modo, actuación jurisprudencial. ROSELLO, C. C. (1984). “I contratti dell’Informatici, Spunti di riflessione in comparazione con l’esperienza statunitense e francese”. En *I. Contratti de utilizzazione del computer* (a cargo de Guido ALPA). Milán: Giuffré.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (1997). *Derecho Informático* (p. 17). Pamplona: Aranzadi.

BARRIUSO RUIZ, C. (2002). *La contratación electrónica* (2ª ed., p. 359). Madrid: Dykinson.

Cfr. DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1990). *Sistema de Derecho Civil*, volumen II (6ª ed., pp. 29-32). Madrid: Tecnos.

ZUMARÁN, S., *La Contratación...*, *op. cit.*

BARRIOS GARRIDO, G., “Avances en la legislación del comercio electrónico. México como parte de la globalización desde una perspectiva latinoamericana”. En <http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/sobrerp.html>. Consultada el 14 de abril del 2003.

MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M. (2000). *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación* (pp. 113-119). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

PERALES VISCASILLAS, M. P. (1996). *La formación del contrato en la compraventa de mercaderías* (pp. 152-154). Valencia: Tirant lo Blanch.

En igual sentido JULIÁ BARCELÓ R. considera a estos contratos como contratación entre personas distantes, puesto que hay un lapso de tiempo entre la emisión de la declaración y su efectiva recepción. *Vid.* JULIÁ BARCELÓ, R. (2000). *Comercio electrónico entre empresarios* (pp. 333-334), Valencia, Tirant lo Blanch.

BERLANGA, S., “La perfección del contrato en la contratación electrónica”. En <http://www.cibertele.com/nuevo/banners/redir.asp?url>. Consultada el 5 de febrero del 2004.

No es esta opinión coincidente con la sentencia del TS español de 30 de julio de 1996, dictada en el GETE-ALONSO, M. C., „La formación del Contrato”. En: AA.VV. (1996). *Manual de Derecho Civil*, tomo II (p. 560), *op. cit.* Madrid: Marcial Pons.

BLANCO, A., *Curso caso de los Hermanos Esteban Longares S.L. c. Pionner. concrete Hispania S.A* (RJ 1996/673), donde el TS español proyecta la previsión contenida en el artículo 1262 del Código Civil para la aceptación hecha por carta “a otros medios de comunicación aportados por los avances de la técnica moderna (...) que sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados”.



- GETE-ALONSO, M. C., "La formación del Contrato". En: AA.VV. *Manual de Derecho Civil*, tomo II *op. cit.*
- BLANCO, A. (1947). *Curso de Obligaciones y Contratos*, tomo II (p. 125). La Habana: Ed. Cultural.
- ILLEZCAS ORTIZ, R. (2001). *Derecho de la contratación electrónica* (p. 253), España, Civitas, reconoce que se trata de una contratación, en efecto, entre partes distantes en el espacio y cuyo proceso de formación se dilata generalmente en el tiempo aun cuando los mensajes de datos contenedores de las voluntades constitutivas viajen raudamente entre un lugar y otro, tan raudamente como la voz en una conversación telefónica.
- CAPOTE PÉREZ, L. J., "La aceptación de la oferta realizada a través de Internet en los ámbitos civil y mercantil". En <http://derin.uninet.edu/cgi-bin/derin/vertrabajo?id=38>. Consultada el día 3 de marzo del 2003.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII (p. 126), volumen 1º B (artículos 1261 a 1280 del Código Civil), bajo la dirección de ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia, Madrid, EDERSA.
- Vid. en tal sentido DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... I, op. cit.*, pp. 200-202; GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 126-127.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... I, op. cit.*, p. 322.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *Comentarios...*, *op. cit.*, p.128.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *Comentarios...*, *op. cit.*, p.129.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I – Introducción. Teoría del Contrato, tomo II, volumen I (p. 214). Madrid: Cívitas. En similar sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L. (1987). *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de Obligaciones, volumen 2º - Teoría General del Contrato (2ª ed., p. 92). Barcelona: Bosch.
- BLANCO, A., *Curso...II, op. cit.*, p. 130.
- Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B. "Hacia un nuevo Derecho de obligaciones". En PÉREZ GALLARDO, L.B. (coordinador) *et al.* (2000). *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos* (pp. 21-22). La Habana: Ed. Felix Varela, donde el autor explica la no necesaria duplicidad del régimen contractual.
- URÍA, R. (1997). *Derecho Mercantil* (24ª edición, p. 532). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Vid. en tal sentido las consideraciones sobre la obligación de negociar de buena fe en el ámbito internacional en ACUÑA SBOCCIA, G., "El contrato internacional: problemas relativos a su negociación y perfección". En OVIEDO ALBÁN, J. *et al.* (2004). *Estudios de Contratación Internacional* (Régimen uniforme e internacional privado) (pp. 563-566). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Javegrag.
- JOHNSTON D., HANDA, S. y MORGAN, Ch. (1997). *Cyberlaw, what you need to know all business on line* (p. 179). Toronto, Canadá: Stoddart Publishing.

JIJENA LEIVA, R. J., "Comercio electrónico y derecho. La problemática jurídica del contrato electrónico". En [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/ecommerce.ppt](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/ecommerce.ppt). Consultada el 10 de marzo del 2003.

SALVAT, R. (1941). *Contratos en general* (p. 36). Buenos Aires: Ejea.

Varios autores son partidarios de que la contratación vía fax o télex es contratación entre presentes (criterios que tampoco comparto por las explicaciones brindadas). Puede verse en VATTIER FUENZALIDA, C. (1999). "En torno a los contratos electrónicos". En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, pp. 75 y ss.; CARRASCOSA LÓPEZ, V, POZO ARRANZ, M. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P. *La contratación...*, op. cit., p. 33.

Cfr. CANDELARIO MACÍAS, M. I., "El comercio electrónico: un examen de la contratación electrónica en el sector bancario". En <http://www.latinlex.net/cuadernos>. Consultada el 23 de marzo 2004.

Nótese en este sentido el término obligación y no requisito de perfección. El profesor FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2001), *Contratación electrónica: La prestación del consentimiento en Internet* (pp. 64-71), España, J. M. Bosch, explica que parece que la Directiva ha sentado un nuevo principio de perfección, al que podría denominarse de la confirmación. Aspecto con el que no coincidimos, el acuse sólo comprende un deber; el propio autor reconoce finalmente que el acuse no es un requisito para la perfección y no afectaría a la existencia del vínculo contractual.

Cfr. PERALES VISCASILLAS, M. P., "Formación del contrato electrónico". En ILLESCAS ORTIZ, R., J. CREMADES y FERNÁNDEZ- ORDOÑEZ, M. A. (coordinadores) (2002). *Régimen jurídico de Internet* (pp. 915-920). Madrid: La Ley.

ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho...*, op. cit. pp. 245-246 no es partidario de que la indicación efectuada por intermediarios (redes o ISP) de que el mensaje de datos ha sido recibido por el SI del destinatario, sea considerado un acuse de recibo. Aspecto con el que no coincidimos, ya que el acuse debe bastar para indicar que se ha recibido el mensaje de datos.