

Contratación electrónica

Manuel García Barragán M.

SUMARIO: I. ¿Qué es el Internet? II. Regulación de la contratación a través de Internet. III. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Sobre Comercio Electrónico. IV. Decreto del 29 de mayo de 2000 que reformó y adicionó diversos artículos del Código Civil Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor. V. Concepto del Contrato celebrado a través de Medios Electrónicos. VI. Perfeccionamiento del Contrato celebrado a través de Medios Electrónicos entre Presentes y entre Ausentes.

I. ¿QUÉ ES EL INTERNET?

Es importante para comentar la Contratación Electrónica o en Línea, el determinar previamente, aunque sea en forma somera el concepto de Internet. La palabra Internet es una abreviación de "Interconnected Networks" (Redes Interconectadas).¹ Este término aparece en el año de 1982.²

Se dice que el Internet es la Red de Redes;³ que es una red gigante que interconecta una innumerable cantidad de redes locales de computadoras.⁴

Dentro de las características principales del Internet está el ser una red abierta y no ser propiedad de nadie. Ello significa que no se restringe a nadie el acceso a la red, lo cual no sucede con las redes cerradas también denominadas como Intranet, como es el caso de la *Electronic Data Interchange* (Intercambio Electrónico de Datos) (EDI) u otras redes cerradas en las cuales se requiere el permiso del dueño para acceder a ellas. EDI fue una red utilizada para varios propósitos por grandes empresas, entre otras cosas, para el comercio electrónico. En ella las partes se conocen previamente y han determinado las claves y lenguaje cifrado al cual solo tienen acceso ellas, y previamente han celebrado un contrato o acuerdo normativo, en el cual han pactado reglas aplicables a sus contratos futuros a celebrarse a través de EDI. La Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Comercio Electrónico define en su artículo

¹ Traducción libre del autor.

² MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *El Contrato Vía Internet*, J.M. Bosch Editor, España, p. 38.

³ *International Contributors, Internet Law and Practice*, West, 2004, pp. 1-2.

⁴ BARRIOS GARRIDO, Gabriela, MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia y PÉREZ BUSTILLO, Camilo, *Internet y Derecho en México*, McGraw-Hill, México, 1998, p. 5.

2 b), el intercambio electrónico de datos (EDI) y dice que por él se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto. Internet ha venido a desplazar en gran medida al EDI.

Otra característica importante de Internet es el poder proporcionar servicios interactivos y es que funciona simultáneamente como medio de publicación y de comunicación. Internet admite diversos modos de comunicación a saber: entre un emisor y un receptor individuales, entre un emisor individual y múltiples receptores y entre múltiples emisores y receptores.⁵ Una más de sus características es ser mundial o global, es decir que no está restringida a uno o varios países en particular, sino que una computadora en cualquier país puede comunicarse a una o más computadoras en diversos países.

Internet proporciona diversos servicios, pero para el tema que nos ocupa, es su utilidad como medio de comunicación la que tiene relevancia. Como tal, permite la celebración de contratos y aún su ejecución parcial. Como medio de comunicación permite a las partes en ciertos supuestos celebrar contratos en los que el consentimiento se regula conforme a las reglas de los contratos celebrados entre presentes, pero también permite celebrar contratos entre partes no presentes o ausentes. En ambos casos se plantean problemas de carácter legal que adelante comentamos.

II. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE INTERNET

Se ha buscado por organismos internacionales resolver la problemática que afecta la contratación electrónica. Dentro de ellos está la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que preparó la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico y su Guía para la Incorporación al Derecho Interno, posteriormente la Ley Modelo Sobre Firmas Electrónicas también con su Guía para la Incorporación al Derecho Interno y la Convención de las Naciones Unidas Sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. También lo han hecho la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otras. Algunos organismos han preparado regulaciones que atienden en forma más específica a las materias que tales organismos tienen por objeto, como es el caso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

De las regulaciones propuestas, las que han tenido más trascendencia en la contratación electrónica mercantil, son sin duda la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo Sobre Firmas Electrónicas, ambas de la CNUDMI. Igualmente las disposiciones de la Convención de las Naciones

⁵ BARIATTI. Citado por MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *op. cit.*

Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de la cual México no es parte. Como lo mencionamos adelante, México llevó a cabo reformas al Código de Comercio ("CC") y a la Ley Federal de Protección al Consumidor tomando en consideración lo establecido en dichas Leyes Modelo. En el caso de la reforma al Código Civil Federal ("CCF") y quizá porque las leyes modelo citadas se enfocan al ámbito mercantil, la reforma no refleja tanta influencia.

III. LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

En 1996 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Ley Modelo preparada y aprobada por la CNUDMI Sobre Comercio Electrónico (la "Ley Modelo"), y recomendó a los Estados el que consideraren de manera favorable la Ley Modelo al promulgar o revisar su legislación, en virtud de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme. En 1998, se adicionó la Ley Modelo con un artículo 5 Bis relativo a la validez de la información que figura simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.

Esta Ley establece que su ámbito de aplicación es para todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales. Trata todos los aspectos de importancia en las comunicaciones electrónicas relativas al comercio y su contratación electrónica. En efecto, da definiciones que facilitan su manejo; establece reglas de interpretación; establece los principios de la firma electrónica y de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos; asimila el mensaje de datos a una constancia por escrito y da las reglas para establecer que constituye un original del mensaje, al igual que para la admisibilidad y fuerza probatoria de ellos y su conservación. Muy importante también, la Ley Modelo establece reglas sobre la formación y validez de los contratos, la validez de la manifestación de voluntad a través de los mensajes de datos, la atribución de su origen, el acuse de recibo y el tiempo y lugar del envío y recepción de los mensajes de datos.

IV. DECRETO DEL 29 DE MAYO DE 2000 QUE REFORMÓ Y ADICIONÓ DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2000 se publicó una reforma muy importante a nuestro Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal ("CCDF").

A raíz de esa reforma y congruente con la reforma constitucional que estableció un Órgano Legislativo para el Distrito Federal, nuestro Código se desmembra, creándose con el texto vigente en esa época, un Código Civil para el Distrito Federal y un Código Civil Federal.

También dicha reforma introduce en el Código Civil Federal el reconocimiento de los medios electrónicos para la expresión del consentimiento, y a diferencia de lo que dispone el artículo 1811 para la contratación a través del telégrafo, que requiere estipulación previa de las partes para que esa forma de otorgamiento de consentimiento surta efectos, la reforma no requiere de estipulación previa entre las partes para la validez de la propuesta y la aceptación a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

En relación con esta reforma hubieron tres iniciativas en la Cámara de Diputados, la primera de fecha 30 de abril de 1999, la segunda el 15 de diciembre de 1999, siendo la última la de fecha 22 de marzo de 2000. En todas ellas se indica la importancia de que nuestra legislación acepte y regule los medios electrónicos para llevar a cabo entre otras cosas la celebración de contratos. También en todas se hace referencia a la Ley Modelo, su importancia y el hecho de que ya en algunos países ésta había sido introducida en las legislaciones locales. Igualmente, los motivos de las iniciativas establecen la conveniencia de que lo anterior no quede limitado al ámbito mercantil, sino que también esto se introduzca en el ámbito civil. La tercera iniciativa que substancialmente fue aprobada, indica en relación con la reforma al Código Civil Federal, entre otras cosas:

Por lo anterior, la presente iniciativa ha considerado que el sistema jurídico mexicano debe incluir las menciones necesarias para aprovechar los avances logrados no sólo en el ámbito comercial, sino también en otros campos, para que pueda lograrse una interacción en todos esos campos y los considere en su conjunto y no de manera aislada.

Es necesario dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede al arbitrio del juez considerar su validez probatoria en caso de controversia, debido a una ausencia de regulación expresa.

Por lo anterior, se considera conveniente, adecuar el marco jurídico mexicano. En materia de Código Civil, resulta necesario reconocer la posibilidad de que las partes puedan externar su voluntad o solicitar algún bien o servicio mediante el uso de medios electrónicos, e incluso dar validez jurídica al uso de medios de identificación electrónica.

Asimismo se requiere actualizar los alcances de la legislación civil vigente en lo relativo a los actos que requieren de la forma escrita otorgada ante un fedatario público, y que bien pueden conservar e incluso fortalecer la seguridad jurídica en beneficio de los obligados, si se utilizan medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, conforme a un procedimiento claro y particularmente descriptivo que acredite la atribución de información a una persona, y asegure que ésta será susceptible de consulta posterior.

Lo anterior hace indispensable determinar con claridad al ordenamiento civil aplicable en materia federal, para lo cual se propone adecuar la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal por la de Código Civil Federal, en estricto apego al precepto constitucional que otorga a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, competencia para legislar en materia civil para esa entidad federativa.

Con relación al Código Federal de Procedimientos Civiles, se propone una adición con el fin de conceder efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria a la información que conste en medios electrónicos y con ello, se reconocerán efectos jurídicos a las obligaciones que de conformidad con el Código Civil, contraigan las partes mediante el uso de medios electrónicos. En lo que se refiere al Código de Comercio con la iniciativa que se presenta se hará una amplia reforma al texto vigente, con lo cual se conseguirá una legislación mercantil innovadora y al día en aspectos informáticos, con ello se concederá la posibilidad de que los comerciantes puedan ofertar bienes o servicios a través de medios electrónicos, también podrán conservar la información que por ley deben llevar mediante medios electrónicos, además de lo anterior se abrirá un título de obligaciones mercantiles que retome los conceptos manejados por el Derecho Común, pero aplicados a actos de comercio.⁶

Por su parte, la Cámara de Senadores en relación con la iniciativa enviada por la Cámara de Diputados (Tercera Iniciativa), indica, entre otras cosas, lo siguiente:

Que la presente iniciativa constituye un instrumento para reconocer validez jurídica a los actos, contratos o convenios comerciales que sean celebrados entre no presentes por vía electrónica, del mismo modo que se reconoce la de los actos celebrados mediante documentos consignados en papel, lo que se conoce como el principio de “equivalente funcional”, con lo cual se busca facilitar el comercio electrónico dando igualdad de trato a los contratos que tengan soporte informático con relación a aquéllos que sean soportados en documentación consignada en papel.⁷

También dicha Cámara en relación con la iniciativa enviada por la Cámara de Diputados y ya refiriéndose expresamente a la reforma del Código Civil, comentó:

Por medio de la presente iniciativa se pretende incorporar en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el concepto jurídico “mensaje de datos”, que implica el consentimiento otorgado por medios electrónicos. Igualmente se introducen reformas para establecer que se reconoce la validez de la oferta y la aceptación o rechazo de la misma, realizadas a través de un mensaje de datos. También se establece el reconocimiento de que el mensaje de datos electrónico tiene la misma validez y cumple el requisito de la forma escrita, que se exige para el contrato y demás

⁶ Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000.

⁷ Diario de Debates del Senado, abril 29 de 2000.

documentos legales que deben ser firmados por las partes. Asimismo, se reconoce que tanto la forma escrita como la firma original, tiene cumplidos los requisitos legales para la validez de las transacciones, tratándose de un mensaje de datos.⁸

Los artículos reformados del Código Civil Federal fueron los siguientes, que quedaron con la redacción a continuación indicada:

Artículo 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, *por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología*, o por signos inequívocos, y

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por Ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1805.—Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. *La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.*

Artículo 1811.—La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.

Artículo 1834 Bis.—Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la Ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.⁹

⁸ Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000.

⁹ Énfasis añadido por el autor.

En la misma fecha fue reformado el Código Federal de Procedimientos Civiles adicionándosele un nuevo artículo 210-A el cual reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Dicha disposición establece:

Artículo 210-A.—Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la Ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y esta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal no ha sido reformado para incorporar el reconocimiento de la expresión del consentimiento por medios electrónicos.

Es indiscutible que uno de los beneficios de la contratación a través de medios electrónicos es que permite en la práctica la superación del factor geográfico, entendido éste como un obstáculo a la contratación.¹⁰ Como puede apreciarse de las disposiciones arriba transcritas, el Código Civil Federal, a diferencia del Código de Comercio conforme este fue reformado (artículos 90 y 90Bis), no establece ninguna forma específica para cerciorarse de la autenticidad de los datos enviados por el medio electrónico. Solamente indica el artículo 1834 BIS el requisito de que:

“[...] siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta”.

Sin precisar cómo se puede verificar que la información sea atribuible a las personas obligadas, ni accesible para su ulterior consulta. Esto plantea dudas en cuanto a la forma en que se debe probar que la información sea atribuible a las personas indicadas y su accesibilidad para ulterior consulta.

Si bien es cierto que el Código Federal de Procedimientos Civiles en el artículo 210 A, al reconocer como medio de prueba la información generada o comunicada por medios electrónicos indica que:

“Se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atri-

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Saggi di informatica giuridica*. Citado por MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 57.

buir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta”.

Esta disposición no resuelve la duda de cómo se puede atribuir a la persona obligada la información generada por medios electrónicos.

Debemos considerar que en la actualidad es común que los menores de edad tengan un manejo experto de las computadoras, en muchos casos mejor que el de los adultos. Ello permite que a través de computadoras puedan enviar mensajes de datos conteniendo ofertas que no son atribuibles al titular del correo electrónico indicado en el mensaje; también se da la posibilidad de que dichos mensajes de datos se modifiquen por los denominados “hackers” haciéndolos aparecer como si hubieran sido enviados de cualquier computadora y correo electrónico. Por ello, en la reforma al Código Civil Federal, a diferencia de la reforma al Código Mercantil, no se cuidó en qué forma se puede asegurar la atribución a las personas obligadas el contenido de los mensajes de datos, ni su accesibilidad para ulterior consulta.

Dado que el tema que nos ocupa es la contratación electrónica en materia civil, no analizamos la reforma al Código de Comercio que considero es una mejor reforma, estructurada y completa, que sigue los lineamientos de la Ley Modelo. Solo nos limitaremos a mencionar que comienza por definir términos que el legislador utiliza en la regulación de la contratación electrónica, lo cual es de mucha utilidad, entre ellos el Mensaje de Datos que lo define como: “La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”. También define al Emisor del mensaje, a la Firma Electrónica y al Sistema de Información, entre otros. Establece los casos en que se presume que el mensaje proviene del Emisor; también reconoce al mensaje de datos como prueba, lo cual también hace el Código de Procedimientos Civiles. Regula las firmas, introduce la figura del Prestador de Servicios de Certificación, establece la obligación para la Secretaría de Economía de emitir una Norma Oficial Mexicana que establezca los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos. Dicha Norma fue emitida por la Secretaría de Economía y se publicó en el Diario Oficial del día 4 de junio de 2002.

V. CONCEPTO DEL CONTRATO CELEBRADO A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Nuestros Códigos Civiles Federal y para el Distrito Federal en sus artículos 1792 y 1793 nos definen al contrato. El 1792 indica que convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. El 1793 establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Por eso se dice que el contrato es una especie del convenio, y que el convenio en sentido

estricto es el acuerdo de dos o más voluntades que modifican o extinguen obligaciones, o como dice el maestro Borja Soriano¹¹ el género próximo es el convenio, y la diferencia específica la producción o transmisión de las obligaciones y derechos.

Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 1859 de ambos Códigos establece que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. Por ello, las disposiciones del Código Civil Federal relativas al consentimiento expresado por medios electrónicos, son aplicables también a los convenios en sentido estricto.

La doctrina extranjera y mexicana coinciden en señalar como un elemento esencial o integrador del contrato el consentimiento. Dentro de los autores nacionales que dan un concepto del contrato o proponen una definición podemos señalar a Fausto Rico Alvarez y Patricio Garza Bandala: “el contrato es un acuerdo de voluntades por el que las partes se obligan al cumplimiento de una determinada prestación”;¹² Miguel Angel Zamora y Valencia: “el contrato como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las condiciones de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial”;¹³ Jorge Alfredo Domínguez Martínez: “por convenio debemos entender, como género el acuerdo o la convención de dos o más personas que puede ser de cualquier índole, jurídica o no; por contrato en tanto, especie de aquel, debe entenderse el acuerdo de dos o más personas cuyo objeto sea jurídico”;¹⁴ Sergio T. Azúa Reyes: “es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transferir entre sí derechos y obligaciones”.¹⁵

Otros autores prefieren no dar la definición del contrato, sino la del consentimiento, elemento esencial del mismo, como el maestro Rafael Rojina Villegas: “el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones [...] todo consentimiento, por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico”.¹⁶ El maestro Leopoldo

¹¹ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 5a. ed., Porrúa, México, 1966, p. 130.

¹² RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2005, p. 70.

¹³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Cíviles*, 3a. ed., Porrúa, México, 1989, p. 22.

¹⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Contratos*, 3a. ed., Porrúa, México, 2007, p. 16.

¹⁵ AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de las Obligaciones*, 4a. ed., Porrúa, México, 2004, p. 48.

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, 24a. ed., Porrúa, México, 2002, p. 52.

Aguilar Carvajal defiende la definición legal del contrato y menciona que el consentimiento es el acuerdo de voluntades.¹⁷

Podríamos mencionar otros autores nacionales, pero en todos, ya sea que den una definición o el concepto del contrato, encontramos que hacen siempre parte de ello el acuerdo de dos o más voluntades, es decir la expresión del consentimiento.

En tal virtud, si intentáramos dar una definición del contrato electrónico, solo necesitaríamos agregar a la definición que nos parezca más acertada la siguiente frase: “en el cual el consentimiento o sea el acuerdo de dos o más voluntades se exterioriza por medios electrónicos”.

VI. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO CELEBRADO A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS ENTRE PRESENTES Y ENTRE AUSENTES

A. FORMACIÓN DEL CONTRATO. OFERTA. ACEPTACIÓN

Debemos recordar que el consentimiento, como acuerdo de voluntades, se forma mediante dos actos jurídicos unilaterales, la oferta o policitud y la aceptación. El contrato surge a la vida jurídica en el momento en que el aceptante otorga su conformidad en forma lisa y llana con la oferta que le hace el oferente o policitante, y es en ese momento cuando existe el consentimiento y el contrato, asumiendo que el otro elemento esencial cumpla con los requisitos legales.

La oferta efectuada por medios electrónicos debe cumplir con los requisitos consistentes en una voluntad del deudor para obligarse, una voluntad real, una voluntad seria y precisa una voluntad que tenga un determinado contenido y que dicha voluntad se exteriorice.¹⁸

Como ya dijimos, el uso del Internet para la celebración de contratos permite que dicha celebración se lleve a cabo entre partes presentes, como es el caso del contrato que se celebra mediante la videoconferencia o bien mediante el denominado “chat”, ya que a través de ellos se da la inmediatez entre las partes. Pero también permite la celebración del contrato a través del correo electrónico, y la página “web” casos en los cuales no se da la inmediatez entre las partes y por ello las reglas aplicables para la formación del contrato son las relativas al contrato entre ausentes. En el caso del telex y del telefax consideramos que tampoco se da la inmediatez entre las partes. Contrario a este criterio, el maestro Mantilla Molina¹⁹ indica que en el caso

¹⁷ AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, *Contratos Civiles*, Hagtman, México, 1964, p. 25.

¹⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 12a. ed., Porrúa, México, 1993, p. 26.

¹⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto L., “La Formación de los Contratos de Compra y Venta Internacional de Mercaderías”, *Anuario Jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1983, pp. 170-171.

del telex se da una situación de inmediatez, si el proponente está en comunicación directa con el destinatario. El aspecto de inmediatez también tiene relevancia, pues cuando no se da, el oferente puede retirar la oferta que aún no ha sido recibida por la persona a quien va dirigida y asimismo la aceptación puede retirarse por el aceptante, antes de que el oferente la reciba.

En tal virtud, en el contrato electrónico celebrado por medio de la videoconferencia o el denominado “chat”, en el cual se da la inmediatez entre las partes, las reglas aplicables al consentimiento son las del consentimiento entre presentes. Es decir que si la oferta se hace sin fijación de plazo para su aceptación, la persona a quien se hace dicha oferta debe aceptarla inmediatamente, de otra forma el oferente o policitante quedará desligado de ella. Si el oferente establece un plazo para la aceptación, quedará obligado por el plazo establecido, dentro del cual el aceptante podrá expresar su aceptación.

En el caso del contrato electrónico celebrado por videoconferencia o “chat”, usualmente no se plantea la incertidumbre relativa a los aspectos de derecho aplicable y jurisdicción competente, la cual frecuentemente se da en el contrato que se celebra por correo electrónico. En el primer caso, lo normal es que el oferente sepa en qué lugar está la persona a quien hace la oferta y también que esta última sepa el lugar en donde se encuentra el oferente, ya que las partes se encuentran en una situación de inmediatez. Ello simplifica la determinación del derecho aplicable y la jurisdicción competente en caso de una disputa entre las partes del contrato electrónico, si al celebrarlo ambas se encontraban en el país. Sin embargo, si alguna de ellas se encontraba en el extranjero al momento de la formación del consentimiento surge nuevamente la duda respecto del derecho aplicable.

Sin embargo, en la contratación a través de Internet, puede darse un contrato negociado, considerando como tal aquel en el cual las partes discuten y modifican la oferta original hasta llegar a una aceptación de una oferta quizá distinta a la original. En estos casos el oferente original puede tener ya el carácter de aceptante y a su vez la persona a quien originalmente se dirigió la oferta, el carácter de oferente. En los contratos negociados, usualmente no se plantean los problemas relativos a la legislación aplicable y a la jurisdicción para el caso de controversia, ello en virtud de que durante la negociación suelen surgir discusiones sobre lo anterior y las partes concluyen el contrato estipulando las disposiciones que regularán lo antes indicado. Pueden también las partes en el caso del contrato negociado establecer el momento de su perfeccionamiento. Ahora bien, cuando no se da una negociación del contrato o la negociación es breve, suelen presentarse los problemas relativos a la determinación del derecho aplicable, la jurisdicción competente y el momento de perfeccionamiento.

Toda vez que el Código Civil Federal acepta en el artículo 1807 para el perfeccionamiento del contrato el sistema de la recepción, al igual que actualmente el Código de Comercio, aún cuando ambas partes se encuentren

en lugares distintos, a pesar de la inmediatez, quien recibe la aceptación es el oferente o peticionante, y por ello si no pactaron la jurisdicción competente, será juez competente el que corresponda en los términos del artículo 24 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Para ello deberá considerarse si hubo o no convenio respecto del lugar para el cumplimiento de la obligación, si se trata de acciones reales sobre inmuebles o de controversias derivadas de contratos de arrendamiento o de acciones reales sobre muebles o de acciones personales.

Por lo que hace al derecho aplicable y toda vez que se trata de un contrato entre particulares, en el que ninguno tiene el carácter de comerciante, el contrato se regulará por las disposiciones del Código Civil Federal. Sin embargo, si el contrato es entre partes no comerciantes ubicadas en distintos estados, se plantea nuevamente la duda sobre la legislación aplicable al contrato.

B. MOMENTO Y LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. RELEVANCIA JURÍDICA

Ahora bien, tratándose de contratos electrónicos celebrados a través del correo electrónico, la problemática que se presenta bajo el Código Civil Federal es más compleja. En efecto, en los contratos celebrados a través del correo electrónico o una página “web”, no se da la inmediatez de las partes. En este caso, en que también el consentimiento se considera expreso en los términos de la fracción I del artículo 1803 del Código Civil Federal, la regulación del consentimiento se hará en los términos del artículo 1806 de dicho Código. Pero el problema relativo al momento y lugar del perfeccionamiento del contrato, se presenta en virtud del segundo párrafo del artículo 1811, incorporado por la reforma del 29 de mayo de 2000. Dicho párrafo establece que:

“Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos”.

Este párrafo origina dudas en cuanto a la forma de resolver los momentos de perfeccionamiento del contrato celebrado por correo electrónico, el derecho aplicable y la jurisdicción competente en caso de disputa entre las partes. Ello porque la reforma de mayo de 2000 que admitió los medios electrónicos para expresar el consentimiento, fue magra y no reguló aspectos que podrían determinar en forma clara el momento de perfeccionamiento del contrato.

Lo anterior da lugar a varios problemas a resolver. El primer problema que surge es determinar por cuánto tiempo el oferente queda obligado por su oferta si no fijó plazo. El artículo 1806 del Código Civil Federal nos dice que cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo

necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones. En el caso de la oferta a través del correo electrónico, consideramos que dado que “el tiempo necesario para la ida y vuelta del correo público o del que se juzgue bastante” no aplica, y la rapidez de las comunicaciones electrónicas, el oferente quedará ligado por su oferta solamente durante tres días.

Debemos también recordar en cuanto al plazo de aceptación, que si el oferente hubiere fallecido al tiempo de la aceptación, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, los herederos quedarán obligados a sostener el contrato.

Ahora bien, en el contrato a través del correo electrónico, se plantea la duda de en qué momento el contrato surge a la vida jurídica.

Determinar el momento de perfeccionamiento del contrato tiene mucha importancia. En efecto, si se trata de contratos traslativos de dominio, ese momento va a determinar la ley aplicable al contrato si no hubo pacto sobre ello, al igual que el momento en que los riesgos de la cosa se transmiten al adquirente tratándose de contratos traslativos de dominio de cosa cierta y determinada, de conformidad con lo establecido por el artículo 2014 Código Civil Federal. En tales casos, la transmisión de propiedad se efectuará al momento del perfeccionamiento del contrato y como mero efecto de este. Si se trata de contratos de otra naturaleza, el momento de su perfeccionamiento va a determinar cuándo son exigibles las obligaciones que surgen del contrato.

El artículo 1807 del Código Civil Federal establece que el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación estando obligado por su oferta según los artículos 1804, 1805, 1806 y 1810 relativos a la oferta sin fijación de plazo y con fijación de plazo.

En el contrato electrónico, cuando el oferente recibe la aceptación, es cuando el contrato se perfecciona y surge a la vida jurídica. ¿Pero en qué momento se considera que recibe la aceptación? El Código Civil Federal no nos indica ninguna regla para determinar en qué momento se considera que el oferente recibió la aceptación cuando el contrato se celebra entre ausentes a través de medios electrónicos, ópticos u otra tecnología. En cambio, el Código de Comercio que actualmente acepta el sistema de la recepción, si lo hace en su artículo 91, que establece:

Artículo 91.—Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará como sigue:

I. Si el Destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;

II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos; o

III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de Información del Destinatario.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aún cuando el Sistema de Información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el Mensaje de Datos conforme al artículo 94.

Lo anterior nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Podemos en un contrato de naturaleza civil considerar lo que establece el artículo 91 del Código de Comercio para determinar en qué momento se recibe la aceptación, dado el silencio del Código Civil Federal sobre el particular?

Ante el silencio del Código Civil Federal, considero que por analogía y de conformidad con los que establecen los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 18 y 19 del Código Civil Federal, podemos aplicar lo dispuesto por el artículo 91 del Código de Comercio. En el caso se justifica la aplicación por analogía de la disposición del Código de Comercio pues la identidad jurídica es substancial. Dice Gény que la aplicación analógica solo puede justificarse cuando a una situación imprevista se aplica un precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que el otro. También indica que en todo caso, la analogía infiere una solución, para una cierta situación de hecho, de una semejanza fundamental entre tal situación y aquella otra que la ley ha reglamentado.²⁰ Asimismo, podemos fundamentar la aplicación por analogía, con base en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y algunas tesis aisladas.²¹

C. FORMA

El artículo 1834 del Código Civil Federal establece:

Artículo 1834.—Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

²⁰ GÉNY, *Méthode d'interprétation*. Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 59a. ed., Porrúa, México, 2006, pp. 342-343.

²¹ [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; IX, Junio de 1999; pág. 837, Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Analogía, procede la aplicación por, de la jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; VII, Mayo de 1998; Pág. 875. Agraria. Acción restitutoria, aplicación por analogía de jurisprudencia referente a la acción reivindicatoria. [ta]; 7a. época; 3a. sala; s.j.f.; 151-156 cuarta parte; pág. 218.

A su vez, el artículo 1834 Bis del mismo Código, dispone:

Artículo 1834 Bis.—Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Las anteriores disposiciones permiten que a través de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, y cumpliéndose con lo que en ellas se establece, las partes pueden celebrar contratos formales cuando la forma requerida sea solamente de escrito privado.

Por lo que hace a los contratos cuya forma requerida es la de escritura pública, el segundo párrafo del artículo 1834 permite también a las partes celebrar dichos contratos, a través de medios electrónicos. Para ello se requiere la concurrencia de fedatario público, a quien las partes deberán enviar o comunicar la información que contengan los términos exactos en que ellas han decidido obligarse. El fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para ulterior consulta, otorgando el instrumento relativo al contrato de que se trate en los términos de la legislación aplicable. Sobre el particular el autor Roberto Rosas Rodríguez²² dice: “Aquí está la base para poder hablar en un futuro no lejano de la existencia y utilización de protocolo electrónico”.

En el contrato celebrado conforme a lo antes mencionado, y desde luego porque se contempla un contrato negociado en el que también interviene un experto en derecho, las situaciones de incertidumbre que se han comentado anteriormente no se dan.

Creo que la ventaja de celebrar un contrato que requiere la forma de escritura pública en los términos del segundo párrafo del artículo 1834, se podrá dar principalmente cuando las partes se encuentran en lugares distintos.

²² “Estudio Comparativo de la Formación de Contratos Electrónicos en el Derecho Estadounidense con Referencia al Derecho Internacional y al Derecho Mexicano”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año III, núm. 9-10, septiembre de 2004-abril de 2005.

Sin embargo, consulté con varios notarios públicos del Distrito Federal si habían tenido algún caso de otorgamiento de contrato otorgado en los términos del segundo párrafo del artículo 1834 del Código Civil Federal y en todos los casos la respuesta fue negativa.

D. PRUEBA

Hemos visto que el artículo 1803 del Código Civil Federal en su fracción I indica que el consentimiento es expreso cuando se manifiesta por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología. A su vez el artículo 1834 Bis establece que la forma escrita se tendrá por cumplida mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

Además, el artículo 210 A del Código Federal de Procedimientos Civiles en su primer párrafo reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. El segundo y tercer párrafo de dicha disposición establecen:

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

No obstante lo que esta disposición establece, no encontramos en el Código Civil Federal ni en el Código Federal de Procedimientos Civiles, alguna disposición que indique cómo se acredita que la información generada por medios electrónicos es atribuible a las personas obligadas, ni como se acredita que tal información se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

Ahora bien, el Código de Comercio sí contiene una disposición que regula lo anterior. El artículo 93 Bis de dicho ordenamiento indica:

Artículo 93 Bis.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 de este Código, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho respecto a un Mensaje de Datos:

I. Si existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como Mensaje de Datos o en alguna forma; y

II. De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar:

Para efectos de este artículo, se considerará que el contenido de un Mensaje de Datos es íntegro, si éste ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será determinado conforme a los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso”.

En virtud de lo anterior, considero que también podemos aplicar por analogía el artículo 93 Bis del Código de Comercio para determinar cómo se acredita que la información generada por medios electrónicos se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

En opinión de este autor, la aplicación por analogía del artículo 93 Bis del Código de Comercio se justifica porque la identidad jurídica es sustancial. Se presentan las mismas razones ya mencionadas que indica Gény, que la aplicación analógica solo puede justificarse cuando a una situación imprevista se aplica un precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que el otro, y se fundamenta también en la jurisprudencia de la Suprema Corte antes mencionada.

Por último, cabe mencionar que hasta la fecha no existen ejecutorias publicadas, o al menos no encontré alguna, relativas a la formación del contrato civil a través de medios electrónicos.

Podemos concluir que la reforma del 29 de mayo de 2000 en materia civil, que reconoció la formación del consentimiento en los contratos a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, fue acertada y reguló situaciones que con más y más frecuencia estaban teniendo lugar.

No obstante, considero que dicha reforma debió haber incorporado disposiciones relativas a la forma en que las partes puedan cerciorarse de la autenticidad de los mensajes, atribuir a las personas obligadas el contenido de los mensajes, su accesibilidad para ulterior consulta y el momento en que se recibe la aceptación. Ojalá que el legislador en un futuro próximo introduzca disposiciones que regulen lo anterior.