

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN PARTE I: LA OFERTA ELECTRÓNICA

Ruperto Pinochet Olave (*)

RESUMEN

El presente artículo es el primero de una serie de cuatro que tienen por objeto tratar de modo exhaustivo el tema de la formación del consentimiento electrónico. Se ocupa de la oferta electrónica intentando determinar, en comparación con la teoría clásica de la formación del consentimiento- cuáles requisitos específicos deben cumplirse en el caso que la oferta para un negocio jurídico sea realizada por un medio perteneciente a las nuevas tecnologías. Finalmente se revisa la legislación, principalmente del ordenamiento jurídico nacional, que contiene prescripciones que puedan resultar aplicables a la oferta electrónica analizando, en cada caso, el contenido de tales regulaciones.

Derecho civil. Contratos. Contratos electrónicos. Consentimiento electrónico. Derecho y Nuevas tecnologías.

(*) Doctor en Derecho Civil por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca.

Artículo recibido el 10 de septiembre de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 25 de octubre de 2004.

Correo electrónico: rpinoche@utalca.cl

ABSTRACT

This article, on the electronic offer or tender, is the first of a series which seeks to develop a comprehensive theory of the formation of the electronic consent or agreement. Here, the classical theory of the formation of consent is contrasted with the praxis of the electronic offer in order to define the conditions under which a proposal for a contract issued by means of the new technologies of information and communications is to be considered legally binding. The relevant norms, especially in Chilean Law, are examined to single out and analyze the rules that may be applicable to the problem.

Civil Law, Contracts, Electronic contracts, electronic consent, Law and new technologies.

El presente trabajo es el primero de una serie de cuatro los que tienen por propósito ocuparse sistemáticamente el tema de la formación del consentimiento electrónico en Chile. Los artículos, además del presente, referido a la oferta electrónica, tratarán de la aceptación electrónica, del momento de formación del consentimiento electrónico y, finalmente, del lugar de formación del consentimiento electrónico.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy no se discute que la modalidad negocial electrónica sea otra forma válida para la exteriorización de la voluntad¹, principio que hoy se encuentra además reconocido en términos explícitos por la legislación bajo la denominación de *principio de validez y eficacia de la forma electrónica*.

En tal sentido, el artículo 3º de la Ley N.º 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación, prescribe que: “*Los actos y contratos otorgados o*

¹ La doctrina se muestra pacífica a la hora de admitir la declaración de voluntad y, la formación del consentimiento por cualquier medio. En tal sentido Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*. Barcelona. 2001. Décimo quinta edición, José María Bosch Editor, p. 587 y siguientes; Betti, Emilio. 2000. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed. Comares, p. 109 y siguientes; De Castro y Bravo, Federico. 1997. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, p. 281; Díez-Picazo, Luis. 1990. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Volumen I, 7º Edición, Ed. Tecnos, p. 539 y siguientes; Enneccerus, Ludwig y Nipperdey Hans Carl. 1981. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Barcelona: Tomo I-2º, v. 1º, 3º, Ed. Bosch, p. 194 y siguientes; Galgano, Francesco. 1992. *El Negocio Jurídico*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, p. 177; y Lacruz y otros. 2000. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*. Madrid: Vol. 1º, 2º Ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Editorial Dykinson, p. 399, y siguientes; Von Thur, A. 1999. *Tratado de las Obligaciones*. Madrid: Tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces, reimpresión de la primera edición, Ed. Reus, p. 167, entre otros.

celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel”.

La doctrina se manifiesta pacífica también cuando se trata de aceptar la forma electrónica como una nueva modalidad de formación del consentimiento², sin embargo, los excepcionales rasgos que se perciben como notas características de las nuevas tecnologías ha llevado a diversos autores a plantear la necesidad de emprender el trabajo de sistematización que supondrá la correcta incorporación de las nuevas realidades a la teoría tradicional del negocio jurídico³, en tanto que otros, por su parte, derechamente consideran insuficiente el derecho clásico de obligaciones y contratos para abordar con éxito la tarea de recepción de las realidades negociales que ofrece el desarrollo de las nuevas tecnologías⁴.

² De ese modo señala Martín Bernal: “Parece evidente –nada lo impide- que a través de Internet o con virtualización se puede hablar de todo tipo de negocios y de contratos. Si tales conversaciones generan acuerdos, estos terminarán convirtiéndose en transacciones electrónicas todo en un proceso natural derivado de las libertades fundamentales de expresión, comunicación y contratación”, Martín Bernal, José Manuel. 2001. “Internet y Virtualización del Derecho en General y del Derecho Civil en Particular” en **Actualidad Civil**, Ed. Aranzadi, p. 449. En una línea análoga Barriuso Ruiz, Carlos. 1996. **Interacción del Derecho y la Informática**. Madrid: Ed. Dykinson, p. 212; Fernández-Albor, Baltar. 2001. “Aspectos Fundamentales de la Contratación Electrónica”, en **Comercio Electrónico en Internet**, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 278; Illescas Ortíz, Rafael. 2001. **Derecho de la Contratación Electrónica**. Madrid: Editorial Civitas, p. 217 y 218; Mateu De Ros, Rafael. 2000. “El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica”, en **Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital**, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 71; Paz-Ares Rodríguez, Cándido, Bermejo Gutiérrez, Nuria, Saenz Lacave, M. Isabel. 2001. **La Formación Electrónica del Contrato: Nada nuevo bajo el sol**. Publicación electrónica, en <http://derechosobreinternet.com>; Simó Sevilla, Diego. 2000. “Las Nuevas Modalidades de Prestación del Consentimiento: La Función Notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico”, en **Notariado y Contratación Electrónica**, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 407; Vattier Fuenzalida, Carlos. 1999. “En torno a los Contratos Electrónicos”, en **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, Madrid, p. 76, entre otros.

³ En tal sentido Álvarez-Cienfuegos sostiene la necesidad urgente de “la proyección de los conceptos de la teoría general de las obligaciones sobre la realidad informática. La voluntad negocial, en su génesis y en su manifestación al exterior, es ayudada por los sistemas informáticos. Conceptos como el dolo, la buena o mala fe han de aplicarse a las realidades electrónicas”, Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María. 1992. **Las Obligaciones Concertadas por Medios Electrónicos y la Documentación Electrónica de los Actos Jurídicos**. Madrid. La Ley. T. IV, p. 1.026. En una línea similar Rico Carrillo señala: “No obstante la incipiente regulación legal de los contratos electrónicos, para otorgar validez tanto a la oferta como a la aceptación en entornos electrónicos es necesario hacer un análisis de la regulación sobre la teoría general del contrato aplicable a la contratación electrónica”, Rico Carrillo, Mariliana. 2000. “La Oferta y la Aceptación en la Contratación Electrónica”, en **Revista Electrónica de Derecho Informático**, Ed. Vlex, No. 25. <http://vlex.com/redi>.

⁴ Al respecto Serrano Gil de Albornoz señala: “En ese sentido la doctrina –aun con algunas matizaciones- ha puesto de manifiesto la inadecuación, cuando no ya la verdadera insuficiencia, del modelo clásico del contrato (configurado en el Código Civil y en el Código de Comercio) para atender la multiplicidad de problemas que suscita la comercialización a distancia de bienes y servicio”, Serrano Gil de Albornoz, Francisco. 2000. “Directiva sobre Ventas a Distancia y Propuesta de Directiva relativa a la Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores, en Derecho de Internet” en **Contratación Electrónica y**

La determinación de la suficiencia o insuficiencia de la normativa civil para dar respuesta, en este caso, a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías de la información, es una de las hipótesis que nos proponemos confirmar o refutar una vez concluido el estudio de cada uno de los elementos que inciden en el denominado proceso de formación negocial electrónico.

En la tarea que nos hemos planteado estimamos como válida la regla propuesta por ILLESCAS, como hipótesis inicial de trabajo, en el sentido de que la recepción de la realidad constituida por las nuevas tecnologías debe ser realizada intentando introducir la menor cantidad de modificaciones a la teoría general –por evidentes razones de seguridad jurídica- en un axioma que tal autor ha denominado *principio de inalteración del derecho de obligaciones y contratos*, el que consiste en: “*una pauta fundamental de disciplina del C-E*⁵. *En su virtud se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el C-E no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos –nacional e internacional- en el momento en que la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de transacciones comerciales tiene lugar*⁶”. Explica el autor citado que el postulado parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica; la reglamentación, por tanto, de las relaciones obligatorias entre los ciudadanos perfeccionadas, ejecutadas y consumadas por vía electrónica no tiene que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de los contratos privados. Así de una parte, los elementos esenciales del negocio jurídico –consentimiento y objeto, causa en los ordenamientos romanos, así como sus manifestaciones y defectos- y, de otra, la tipología contractual preexistente no sufren –en principio- alteración

Firma Digital, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 282, en tanto que Martínez Nadal afirma: “*En suma, múltiples problemas derivados de la dificultad de aplicar conceptos y categorías jurídicas tradicionales a contratos realizados por los novedosos medios electrónicos*”, Martínez Nadal, Apollonia. 1999. “*Comercio Electrónico*” en **Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores**, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, p. 250. En una línea similar se manifiestan: Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María. 1999. *Legislación Aplicable y Jurisdicción Competente, Contratación Electrónica, Privacidad e Internet, Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N° 30, 31 y 32. Mérida: Ed. UNED, p. 57; Cavanillas Mújica, Santiago. 1996. **Informática y Teoría del Contrato. X Encuentro sobre Informática y Derecho**. Madrid: Instituto de Informática Jurídica, ICADE, p. 269; De Miguel Asensio, Pedro A. 2000. **Derecho Privado en Internet**. Madrid: Civitas Ediciones. p. 291; Illescas Ortíz. 2001. Ob. Cit. p. 39 y 40, entre otros.

⁵ La abreviatura C-E significa comercio electrónico. Tal principio ha empezado ha ser reconocido también en la incipiente legislación especializada, a ése respecto el artículo 1.2 del Real Decreto Ley sobre Firma Electrónica prescribe: “*Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-ley, no alteran las normas relativas a la celebración la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones*”.

⁶ Illescas Ortíz. 2001. Op. Cit. pp. 46 y 47.

significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico, todo lo dicho, claro está, salvo imposibilidad en la aplicación de la regla reseñada y en la detección de áreas en las que las NTI puedan alterar de tal modo las reglas clásicas, que justifique la necesidad de emprender estudios para proceder a modificaciones de cierta entidad⁷.

2. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ELECTRÓNICA

En principio, no debiera existir problema para declarar la voluntad por medios electrónicos⁸. Con acierto señala RODRÍGUEZ ADRADOS: “*Si la voluntad puede declararse por gestos, y aún por silencios, cómo no se va a poder declarar por medio de un ordenador?*”⁹.

Independiente del hecho de que teóricamente pueda declararse la voluntad por medios electrónicos, es pertinente preguntarse cómo se realiza tal manifestación volitiva en cada caso. Si consideramos que los medios de expresión asociados al concepto de nuevas tecnologías de la información son el correo electrónico, la *world wide web* (WWW), el chat, la videoconferencia

⁷ Según Sanz la determinación o no de tal suficiencia debe ser precisamente la labor del jurista, sosteniendo al respecto que: “*Su misión es comprobar la respuesta del Derecho ante el nuevo fenómeno y caso de no ser la adecuada intentar o proponer aquella que dé solución a la problemática planteada. La premisa de que se debe partir es, por tanto, el régimen jurídico del contrato electrónico, para detectar los problemas que plantea y, ya en un momento posterior, proponer las posibles soluciones*”, Sanz Viola, Ana M^a. 2001. “*Contratación electrónica*”, en *Actualidad Civil*, Nº 18, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 646.

⁸ En tal dirección señala Flume: “*Medios de declaración pueden ser todos los signos que sean aptos para significar que una determinada consecuencia jurídica debe producirse*”, Flume, Werner. 1998. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Fundación Cultural del Notariado, p. 92, en tanto que Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 587, expresa: “*Cualquier medio es apto para realizarla –la palabra, el escrito, signos, gestos-, con tal de que sirva para hacer patente exteriormente la voluntad negocial interna*”. Lacruz y otros. 2000. Op. Cit., p. 396, explica que: “*No cabe duda que la voluntad manifestada a través de palabras, por escrito, mediante señas o gestos o incluso mediante el silencio, cuando éste tiene, por pacto, un significado preciso, se expresa o declara de una manera receptiva. En todos estos casos –que suelen calificarse como declaración expresa de voluntad- la producto de los efectos de la declaración se subordina a la cooperación de la inteligencia y de la voluntad del tercero a quien va destinada...*”.

⁹ Rodríguez Adrados, Antonio. 2000. “*El Documento Negocial Informático*” en **Notariado y Contratación Electrónica, Consejo General del Notariado**. Madrid: p. 356. En una línea similar Paz-Ares y otros. 2001. Op. Cit., p. elec., destacan que en su opinión, las dudas que plantea la validez de la declaración de voluntad por este medio son un falso problema. Ello porque: “*La validez de cualquier declaración de voluntad es independiente del medio a través del que se emite, como pone de manifiesto el . Este precepto, referido inicialmente a la emisión por carta de la aceptación, ha sido extendido analógicamente por el Tribunal Supremo a las transmisiones por télex y por fax para aceptar su validez [v. SSTS 31 de mayo de 1993 (Ar. 4061) y 30 de julio de 1996 (Ar. 6079)]. Por esa misma razón, tampoco vemos dificultad alguna para extenderla a las transmisiones electrónicas vía Internet. Es más, la validez de esta forma de emisión de la declaración de voluntad ni siquiera necesita ampararse en la aplicación analógica del art. 1262 II CC, pues ya tiene cobertura en la regla general de libertad de forma que consagran los . Cuestión distinta de la validez es su eficacia probatoria, que se verá más adelante (v. infra. IV)*”.

y la telefonía IP¹⁰, será factible preguntarse cómo se exterioriza la voluntad a través de cada uno de tales medios.

Para tal propósito, revisaremos los diversos aspectos que la doctrina acostumbra analizar con ocasión de la declaración de voluntad como elemento del negocio jurídico para intentar detectar la existencia o inexistencia de circunstancias peculiares o anómalas que pudieran presentarse en la modalidad negocial electrónica y afectarla de algún modo.

Con el objeto señalado nos referiremos a las declaraciones de voluntades expresas, a las tácitas, a las presuntas y al silencio como medio de expresión de voluntad, específicamente analizadas, según hemos dicho, en su modalidad electrónica.

2.1. La declaración de voluntad expresa por medio de procedimientos electrónicos

Existen básicamente dos teorías para intentar la distinción entre la voluntad expresa y la voluntad tácita: nos referimos a las que ponen el énfasis en el criterio objetivo y aquellas que lo hacen en el subjetivo.

Según el criterio objetivo, declaración expresa es aquélla realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar la voluntad como la palabra, el escrito y, es tácita, la que consiste en un comportamiento que sin ser medio destinado por su naturaleza a manifestar la voluntad, la exterioriza¹¹.

Según el criterio subjetivo, declaración expresa es la realizada por el sujeto precisamente con el fin de exteriorizar la voluntad que declara, y es declaración tácita la que aunque no manifestada en términos explícitos revela inequívocamente su voluntad¹².

¹⁰ Telefonía <IP>, por las siglas que identifican la expresión inglesa <Internet protocol>, que identifica el conjunto de protocolos usados en Internet para transmitir información entre computadores.

¹¹ El criterio objetivo pone énfasis en medios de exteriorización de la voluntad que sean considerados como tales convencional o socialmente, o sea objetivamente, independiente de si la voluntad ha sido declarada específicamente por el sujeto con tal propósito.

¹² Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 591: "Según el criterio objetivo, declaración expresa es aquélla realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar la voluntad (medios objetivos de declaración), como la palabra, el escrito; etc.; y es declaración tácita la que consiste en un comportamiento (hechos concluyentes: *facta concludentia*), que sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar la voluntad, la exterioriza, sin embargo, porque a través de él se advierte que el sujeto que lo realiza tiene una voluntad determinada: por ejemplo, aprehender la cosa, en la ocupación, o arrojarla lejos de sí, en la derelicción. Según el criterio subjetivo, declaración expresa es la realizada por el sujeto precisamente con el fin de exteriorizar la voluntad que declara, o de propósito (por ejemplo; queriendo declarar que instituyo heredero a A, otorgo testamento nombrándola tal), es decir, para hacerlo saber; y es declaración tácita la que (por ejemplo, A pidió un préstamo

Si bien es cierto que la ley chilena ni la española opta decididamente por ninguno de estos sistemas, como acertadamente explica ALBALADEJO¹³, para el caso español, la doctrina se ha decantado por el criterio objetivo y, en consecuencia, se acostumbra a definir la declaración de voluntad expresa¹⁴ señalando que es aquella que se manifiesta mediante lenguaje¹⁵ –en oposición a conducta o comportamiento– de un modo directo, esto es dirigida específicamente a exteriorizar el objeto negocial deseado.

a B, y éste le escribe diciéndole que le ingrese en su cuenta corriente por adelantado el 6 por ciento del interés del primer año; lo que aunque no lo haya dicho, sin duda revela su voluntad de prestar”. En un sentido similar Flume: “Parte de la doctrina del Derecho Común del siglo XIX contrapuso la declaración de voluntad *<expresa>* a la declaración de voluntad por comportamiento concluyente; según esto, solamente existiría una declaración de voluntad expresa, cuando la declaración sirviera únicamente para manifestar la intención jurídico –negocial (teoría subjetiva). Otro sector entendía que una declaración de voluntad se hace expresamente cuando se produce por medio de los signos de declaración que, según los usos del tráfico, parezcan como medios de declaración habituales”, Flume, Werner. Op. Cit., p. 92.

¹³ Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 592, ¿cuál adopta nuestra ley? La verdad es que no puede responderse que una u otra, pues en las numerosas veces que habla de que la declaración tiene que ser expresa, lo que normalmente quiere decir, no es que haya de ser expresa (dando a este término su sentido riguroso, se le tome según el criterio objetivo o se le tome según el subjetivo), sino que no ha de ser presunta, o que en la declaración de que se trate la voluntad que sea conste efectivamente o realmente (de verdad, sin género de duda) o de una manera clara o manifiesta o segura o cierta o evidente, o que la declaración (para el punto que se pide que sea expresa) contenga especificado el extremo de que se trate, o lo manifieste explícitamente, etc.”.

¹⁴ Díez-Picazo, Luis, Gullón, Antonio. 1990. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Volumen I, 7^a Edición, Ed. Tecnos, p. 507, señalan: “*Una declaración de voluntad es expresa cuando se dirige de modo directo o inmediato, mediante los signos adecuados según común experiencia, a dar a conocer la voluntad interna del declarante*”; Gete-Alonso, “*Declaración de voluntad expresa: es aquella que se lleva a cabo utilizando modos que, por su naturaleza individual o que se deriva del consenso social, está destinada a manifestar una determinada voluntad*”, Gete-Alonso, María del Carmen. 2000. “Teoría General del Contrato” en *Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*. Madrid: 3^a Ed. Marcial Pons, p. 531; Puig Brutau: “*Declaraciones expresas son las que se hacen con palabras o signos que revelan directamente la voluntad de su autor*”, Puig Brutau, José. 1997. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontratos*. Barcelona: Bosch Editor, vol. II, 3^a Ed., p. 325; Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 182: “*la que se lleva a cabo con medios que por su naturaleza –individual o que se deriva del consenso social– o por acuerdo entre las partes, está destinada a manifestar una determinada voluntad negocial*”, mientras que para Galgano, quien recurre a la noción de acuerdo contractual expreso explicando que: “*El contrato puede ser concluido expresa o tácitamente: se produce la primera hipótesis cuando la voluntad de las partes se declara, por escrito u oralmente (se escribe o se dice que se vende)*”, Galgano. 1992. Op. Cit., p. 85.

¹⁵ Las diversas definiciones citadas al utilizar expresiones como: *<mediante los signos adecuados según común experiencia>*, *<palabras o signos>*, *<utilizando modos que, por su naturaleza individual o que se deriva del consenso social>*, *<con medios que por su naturaleza –individual o que se deriva del consenso social– o por acuerdo entre las partes>*, *<por escrito u oralmente (se escribe o se dice que se vende)>*, se refieren inequívocamente al lenguaje, que como conjunto de signos o símbolos convencionales que sirven para la comunicación. El acuerdo puede ser amplio como el que se genera espontáneamente en la sociedad al crearse el lenguaje natural o, más restringido, como es el caso en que la ley o el contrato fijen el sentido de diversos términos, caso en el cual nos encontramos ante un lenguaje artificial.

En todo caso diremos que exteriorización de la voluntad expresa constituye la excepción, bastando en todos los demás casos que la declaración de voluntad se produzca por cualquier medio idóneo para darla a entender de un modo inequívoco¹⁶.

Concretizando en el plano propio de la expresión de voluntad por medio de las nuevas tecnologías, podemos señalar que éstas presentan ciertos caracteres extraordinarios que las erigen en algo más que en un simple medio de comunicación¹⁷.

Es así como tales medios presentan, entre otras características, los de ser interactivos y bidireccionales, permitiendo “*la interconexión –espontánea y continuada- de las partes en tiempo real y en unidad de acto*”¹⁸, particularidades que hacen que en ocasiones pueda asemejarse más -la declaración de voluntad electrónica- a la expresión por medios naturales de la voluntad que a lo que se ha venido entendiendo como utilización de medios de comunicación artificiales¹⁹, lo que se aparta de los esquemas clásicos bajo los cuales está estructurada, en alguna medida, la teoría decimonónica del negocio jurídico.

¹⁶ En tal sentido Flume, Werner. Op. Cit., p. 92: “Si la Ley exige en determinados casos que la declaración sea expresa, es porque la regla general rige lo contrario. Fuera de los casos en que la Ley exige una declaración expresa, se puede decir, en general, que cuanto más inusual sea una regulación, mayores exigencias de claridad hay que imponer a la declaración, y por consiguiente tanto más necesaria es una declaración expresa”. En la misma línea Puig Brutau, Op. Cit., p. 325: “En algunos casos la ley exige que la declaración sea expresa, como puede verse en los arts. 476 C.c. (necesidad de concesión expresa el usufructo de minas), 600 (necesidad de concesión expresa en la comunidad de pastos), 783-1 (necesidad de que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria sean expresos), 785-1º (no surtirán efectos las sustituciones fideicomisarias que no sean expresas), etcétera”. En el ámbito propio de las nuevas tecnologías también existen casos en que se exige consentimiento expreso, en tal sentido señala Mateu De Ros. Op. Cit., p. 44: “La formulación telemática del consentimiento contractual originario, es decir, el relativo a la oferta, ordenación inicial o la aceptación de un nuevo contrato debe consistir en un acto de voluntad de carácter expreso, ya se trate de una operación determinada o de un grupo o conjunto, categoría o clase de operaciones (p. ej.: un contrato electrónico marco para la gestión de valores mobiliarios dentro del cual se inscriban las ulteriores órdenes de compraventa del inversor)”.

¹⁷ Las nuevas tecnologías presentan rasgos que las diferencian claramente de las formas tradicionales de expresión de voluntad y que ofrecen a la sociedad nuevas posibilidades. En tal sentido Simó Sevilla. Op. Cit., p. 415: “*La transmisión de declaraciones de voluntad a través de una red de acceso libre y universal como Internet tiene un gran atractivo, puesto que permite comunicar fácilmente a un gran número de personas, potenciales contratantes, oferentes o consumidores*”.

¹⁸ Mateu De Ros. Op. Cit., p. 43.

¹⁹ Mateu De Ros. Op. Cit., p. 43, incluso considera que las modalidades de expresión por Internet superan en gran medida los efectos del negocio jurídico que podía realizarse directamente por medio de ordenadores antes de la consumación de las nuevas tecnologías, en lo que se denominaba transacción informatizada, en tal sentido manifiesta: “*Esa presencia real de la voluntad de los sujetos tanto en el instante originario del sinalagma genético como en el desenvolvimiento del sinalagma funcional del negocio jurídico bilateral, produce unos efectos jurídicos decisivos que se aproximan al contrato en Internet mucho más al negocio jurídico convencional que a la transacción informatizada*”.

Es así como una comunicación vía Internet por videoconferencia, conforma un proceso negocial, en el que “*es posible incluso detectar signos o expresiones mínimas de una de las partes que puedan condicionar, o al menos orientar, la voluntad,...*”²⁰, lo que podría permitir que pudiera -la situación antes descrita- recibir el tratamiento de contratación entre presentes, aunque las partes se encuentren muy lejos físicamente.

Debemos dejar claro que tanto la contratación entre presentes como entre ausentes pueden materializarse por medio de declaraciones expresas o tácitas, sin embargo, lo que queremos destacar es que los modos de expresión de voluntad de las nuevas tecnologías cambiará, en cierta medida, alguna de las formas en que los medios tradicionales permitían declarar la voluntad ya sea: de modo expreso o tácito; entre presentes o entre ausentes²¹.

Veamos cómo se materializa la declaración de voluntad expresa en los diversos medios de expresión de la voluntad, que hemos calificado como integrantes del concepto nuevas tecnologías de la información.

2.1.1. La declaración de voluntad expresa formulada por correo electrónico o por chat

El correo electrónico, en principio, al igual que el correo tradicional requiere del lenguaje escrito para la comunicación. Decimos en principio, pues a través del correo electrónico también es posible enviar archivos de imagen, sonido o audiovisuales. Con todo, analizaremos la declaración expresa de voluntad en el correo electrónico en atención a su forma de expresión usual o mayoritaria: la escrita, dejando para otras formas de comunicación por Internet el análisis de aquellos modos visuales, auditivos o audiovisuales.

Así, al igual que en cualquier otra comunicación escrita, la declaración de voluntad será expresa cuando por medio de caracteres gráficos se exteriorice.

La escritura, en general, estará vinculada a declaraciones de voluntad expresas y entre personas distantes, situación que será lo usual en el caso que se utilicen las técnicas vinculadas a las nuevas tecnologías. Es en este último caso, esto es la declaración de voluntad entre ausentes o distantes, es que el correo electrónico puede diferenciarse de aquella transportada por medio del correo tradicional. Como se sabe, la voluntad expresa requerirá términos

²⁰ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. 2001. **Manual de Derecho Informático**. Pamplona: Tercera Edición. Ed. Aranzadi, p. 170.

²¹ Por ejemplo, lo dicho por Flume, Werner. Op. Cit., p. 94: “Sin acuerdo especial, el silencio solamente puede ser un signo de declaración en el caso de declaraciones **entre presentes** en cuanto dadas las circunstancias tenga el carácter de signo de declaración”, podría ser aplicado a las nuevas tecnologías, como en el caso de la videoconferencia.

explícitos, que no admitan duda, y en caso de no estar formulada de modo inequívoco o suficientemente claros, no podrá considerarse que ha revestido el carácter de expresa. La inmediatez del correo electrónico y del chat, permiten la comunicación bidireccional casi instantánea entre las partes, lo que abre la posibilidad de despejar dudas surgidas en el proceso comunicacional, y contribuye en consecuencia, en el caso que ese haya sido el deseo de el o los declarantes, a conformar una voluntad que cumpla los requisitos exigidos para una declaración de voluntad de tal naturaleza²².

2.1.2. La declaración de voluntad expresa vía página Web

Usualmente cuando se manifiesta la voluntad en un proceso comunicacional establecido con una página Web se lo hace pulsando la tecla del ordenador <enter>- sobre la leyenda <acepto>.

Si se piensa estamos ante una de las declaraciones de voluntad que requiere menos actividad por parte del sujeto declarante²³ y, sin embargo, nos encontramos casi sin excepción ante una declaración expresa²⁴. Además, debe considerarse que la pulsación y transmisión de la expresión <acepto> al ordenador donde se encuentra alojada la página Web, consiste en la emisión del vocablo más correcto y preciso, desde la perspectiva negocial, que se materializa en la respuesta de conformidad a una serie de condiciones previamente informadas –oferta-, que el declarante habrá tenido la posibilidad de conocer a cabalidad.

Como en la actualidad, muchas de las páginas Webs que ofrecen productos y servicios, con el propósito de asegurar el cumplimiento de sus deberes legales de información, incorporan páginas de visualización obligatoria antes de llegar a la opción <acepto>, pudiéndose presumir,

²² Por regla general, la escritura servirá para manifestar voluntades expresas, sin embargo, también puede suceder, en el caso de que no cumpla las condiciones para ser así calificada, pero pueda deducirse de ella una voluntad concluyente constituir una declaración de voluntad tácita. En el caso del chat, según tendremos oportunidad de ver, el hecho de que las partes se encuentren en una comunicación interrumpida en tiempo real, podrá llevar a calificar tal declaración como una modalidad de la contratación entre presentes.

²³ Tal característica de sencillez tiene también su lado negativo, pues puede provocar la pulsación errónea de la tecla <enter> o una aceptación impulsiva, aspectos que deben considerarse en el análisis de los vicios de la voluntad electrónica.

²⁴ En ese sentido Mateu De Ros. Op. Cit., p. 45, señala que, "...el consentimiento contractual expreso no consiste, necesariamente, en una declaración de voluntad telemática escrita (tecleada) por el cliente en su terminal: es suficiente el acto (gesto) de la expresión de voluntad expresada a través de la orden ("enter") de aceptación del contrato.... El "acuse de recibo" electrónico de la orden por parte del prestador del servicio ("email, aviso en pantalla,...) que exige la Directiva sobre Comercio Electrónico es, sin duda, una medida de constatación oportuna, pero no un elemento del proceso de perfección del contrato telemático del que dependa la eficacia legal de la declaración de voluntad".

en consecuencia, la aceptación con pleno conocimiento de las condiciones ofrecidas siendo, por el contrario, difícil alegar y probar el desconocimiento de las condiciones incluidas en el proceso de negociación.

Con todo, como tendremos la oportunidad de estudiar más adelante, la situación actual del comercio vía página Web no es del todo perfecta, ya que en la práctica es posible detectar deficiencias en el proceso de contratación electrónico, como un ejemplo de lo dicho, se puede señalar que muchas veces se ofrece información de las condiciones de contratación en un idioma no oficial del Estado en que se produce la aceptación y que, por tanto, el aceptante probablemente no podrá conocer o comprender a cabalidad.

2.1.3. La declaración de voluntad expresa formulada por telefonía IP

En este caso bastará con aplicar los criterios tanto doctrinales como jurisprudenciales que se han venido desarrollando desde la aparición de la telefonía tradicional. No obstante, existe un aspecto en el que destaca la telefonía IP, ya que lo normal es que en las comunicaciones orales vía teléfono normal no quede registro, siendo difícil posteriormente la prueba de los términos convenidos. En el caso de la telefonía IP, el archivo de las comunicaciones puede producirse de forma automática, en el disco duro del ordenador, o en otros formatos de archivo, tanto magnéticos como ópticos, lo que facilitará la prueba del contenido de la voluntad.

2.1.4. La declaración de voluntad expresa formulada por videoconferencia

Este es uno de los sistemas más perfectos y completos que ofrecen las tecnologías vinculadas a Internet²⁵. Por este medio se puede transmitir la voz y la imagen, en forma bidireccional, con todo lo que ello implica: captación de gestos, inflexiones de voz, aclaraciones, etc., pero además, si se desea, pueden transmitirse documentos de cualquier naturaleza.

Lo cierto es que a tal medio de declaración de voluntad se encuentran abiertas todas las posibilidades comunicacionales, por lo que será difícil determinar en abstracto la forma que deberá revestir la declaración de voluntad expresa, siendo plenamente aplicable en este caso las exigencias de carácter general señaladas al efecto, debiendo emitirse, tal clase de declaración, a través de cualquier lenguaje que permita la transmisión de las ideas necesarias para el efecto negocial deseado.

²⁵ La videoconferencia es una posibilidad comunicacional que existe desde mucho antes de la aparición de Internet, sin embargo, lo que ha logrado tal tecnología es dicha posibilidad tecnológica esté al alcance de cualquier persona a costes bajísimos. Los elevados costes de la videoconferencia anterior, hacían de este medio algo extraordinariamente excepcional, reservado casi exclusivamente a empresas o gobiernos, y por tanto, alejado también de la realidad negocial regida por el Derecho privado.

2.2. La declaración tácita de voluntad y las nuevas tecnologías

La segunda clase de forma clásica de expresión de voluntad se puede realizar por medio de la denominada voluntad tácita²⁶. Esta especie de declaración se diferencia de la expresa, ya que mientras en esta última se *dice*, empleando alguna clase de lenguaje²⁷ dirigido específicamente a la declaración de la voluntad negocial²⁸, en la tácita la voluntad se infiere de hechos²⁹, como un proceso lógico que se funda en el principio de responsabilidad del sujeto que actúa, puesto que si éste ha creado una situación que puede dar a entender una voluntad a terceros, debe responder de su conducta, aceptando las consecuencias negociales que tal conducta pudiera haber generado³⁰.

²⁶ Ferrari, "Esta distinción también es conocida por los países de **common law**, donde se diferencia entre **acceptance by declaration** y **acceptance by conduct**, que a su vez, puede ser una **acceptance by performance** o una **acceptance by other conducts**", Ferrari, Franco. 2000. "La Formación del Contrato", en **Atlante de Diritto Privato Comparato**. Madrid: Ed. Fundación Cultural del Notariado, p. 137.

²⁷ Ferrari. Op. Cit., p. 136, destaca el aspecto relativo a la utilización del lenguaje en la declaración de voluntad expresa al decir: "...<acuerdos expresos> aquellos que están compuestos por declaraciones de voluntad, entendiendo por dichas declaraciones los signos del lenguaje, y éstos no son sólo palabras, sino todo instrumento comunicativo que sea considerado como tal socialmente (por ejemplo, alzar el brazo en una sala de subasta)".

²⁸ Flume, Werner. Op. Cit., p. 103, destaca tal aspecto de la diferenciación de la voluntad expresa y la realizada por actos concluyentes al decir: "La declaración de voluntad por actos concluyentes se diferencia de la declaración de voluntad <normal> en que el acto no está directamente encaminado a ser signo de declaración respecto de la celebración del respectivo negocio. Se llega a admitir la existencia de una declaración de voluntad respecto del negocio en cuestión solamente por deducción. Por eso se habla de acto <concluyente>. Savigny señaló que el comportamiento concluyente tiene <ante todo otra finalidad independiente, pero, sin embargo, además implica la manifestación de voluntad>".

²⁹ De Castro. Op. Cit., p. 67.

³⁰ Lacruz y otros. 2000. Op. Cit., p. 397, siguiendo a Betti señala: "En tales supuestos, el comportamiento vale como declaración, puesto que genera la confianza ajena y su protagonista debe responsabilizarse del mismo...". Betti. Op. Cit., p. 141, que ha trabajado detenidamente la responsabilidad como elemento del negocio jurídico, no sólo para el caso de las declaraciones de voluntad tácita, sino como elemento genérico del negocio, expresa: "El negocio es un acto humano de importancia social, fruto de la consciente iniciativa y, por tanto, de libertad. Es un acto a cuyas consecuencias, aun las onerosas, debe el autor someterse en el mundo social y, por tanto, fuente de autorresponsabilidad. Iniciativa y autorresponsabilidad son términos correlativos que en el mundo social se presuponen y reclaman recíprocamente. Consciente iniciativa, o sea, libertad, antes del acto; autorresponsabilidad, o sea, necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante, sin otro límite correctivo que el de la buena fe... Este valor es algo inescindible del contenido mismo del negocio e inherente a su función social (cap. III), ya que la libertad que en el negocio encuentra su instrumento no es libertad de querer a capricho, de emprender un juego libre y sin compromisos, sino libertad coordinada y subordinada a una superior finalidad social. Toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad, que viene después (n.2), y en consecuencia, entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido".

El requisito esencial, consensuado en doctrina, para entender que nos encontramos ante una voluntad tácita, consiste en la exigencia de que la conducta o comportamiento del sujeto del que se infiere o deduce la voluntad sea concluyente *-facta concludentia-*, en el sentido de que sea inequívoco y no puedan, por tanto, desprenderse diversas conclusiones como inferencias lógicas de la acción ejecutada.

De acuerdo a las explicaciones dadas y siguiendo las principales definiciones doctrinales³¹ podemos decir que la voluntad es tácita cuando se infiere o deduce de un modo concluyente del comportamiento o conducta³² de un sujeto. Tal noción es usualmente la adoptada en doctrina y, aceptada además, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos³³ y que daremos por válida para el análisis de las hipótesis de declaración de voluntad electrónica tácita.

Con todo, debe advertirse que la calificación fáctica del carácter concluyente de un determinado comportamiento, en caso de desacuerdo entre las partes, será una cuestión de hecho que deberá resolver el juez en cada caso, recurriendo para ello, a las reglas de la lógica, toda vez que la determinación de la voluntad tácita consiste en un proceso de inferencia o deducción a partir de determinadas premisas, configuradas en este caso, por el comportamiento del sujeto.

³¹ Díez-Picazo y Gullón. 1990. Op. Cit., p. 507, "La declaración de voluntad es tácita, en cambio, cuando el sujeto no manifiesta de modo directo su voluntad mediante los signos adecuados para ello, sino que realiza una determinada conducta que por presuponer necesariamente tal voluntad es valorada como declaración por el ordenamiento jurídico". Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 182, expresan: "Táctica es actuación de voluntad: es decir, realización de un determinado comportamiento o acto del que se deduce, necesariamente, una voluntad negocial, bien por el contexto en que se realiza, bien porque ya lo implica en sí misma. Son los llamados <facta concludentia". Ferrari. Op. Cit., p. 137, señala: "se dice que un acuerdo es tácito en caso de que los contratantes manifiesten su voluntad <mediante comportamientos, de los que pueda deducirse con certeza la existencia del propósito contractual>". "En este sentido basta recordar la definición dada en Italia por Bianca: <se dice que el consentimiento es tácito cuando las partes manifiestan su voluntad, mediante comportamientos concluyentes que no constituyen signos del lenguaje y de los que, sin embargo, según, las circunstancias, se deduce un propósito negocial implícito>". Puig Brutau. Op. Cit., p. 325, señala: "Tácticas son las que consisten en palabras o actos que no significan directamente la voluntad negocial, pero que permiten inferir o deducir de manera necesaria e inequívoca dicha voluntad". Gete-Alonso. Op. Cit., p. 531, en un sentido similar explica: "Declaración de voluntad tácita: es aquella que supone una actuación de voluntad, es decir, la realización de un determinado comportamiento o acto del que se deduce, necesariamente, una voluntad negocial, bien por el contexto en que se realiza, bien porque ya lo implica en sí misma (es una conducta inequívoca). Son los llamados facta concludentia (hechos concluyentes), en los que la voluntad, realmente, más que declarada es ejecutada", mientras que Galgano. 1992. Op. Cit., p. 85, esta vez, referido al contexto del consentimiento contractual expreso indica: "La segunda hipótesis se presenta cuando la voluntad de las partes, o de una de ella, no se declara, sino que se desprende de su comportamiento (el llamado <comportamiento concluyente>): su comportamiento responde a la ejecución de un contrato y por ello, permite presuponer que ellos han querido concluirlo".

³² El comportamiento o condición puede consistir también en palabras, como explica en su definición Puig Brutau. Op. Cit., p. 325, siempre que tales palabras no estén destinadas a la exteriorización directa de la voluntad.

³³ Ferrari. Op. Cit., p. 137: "Esta definición, ..., está presente en la doctrina de la mayor parte de los ordenamientos".

Por la misma naturaleza casuística de la determinación de la voluntad tácita, no es posible en este caso, tal como hiciéramos con la voluntad expresa, examinar las diversas formas de manifestación de voluntad por medio de las nuevas tecnologías, toda vez que cada caso presentará condiciones particulares que deberán ser examinadas de modo particular, y en caso de ser necesario, tal como hemos señalado, en sede judicial a través del debido proceso.

2.3. La declaración de voluntad presunta y las nuevas tecnologías

La doctrina distingue otra clase de expresión de voluntad que no es más que una especie o clase particular de voluntad tácita, nos referimos a la voluntad presunta. En el caso de que el proceso de deducción lógico, no sea realizado por las partes, ni por el juez, sino que por la ley, la voluntad tácita recibe habitualmente la denominación de *presunta*³⁴.

En todo caso, como bien advierten ENNECCERUS Y NIPPERDEY, no siempre que la ley realiza las presunciones lo hace dentro del ámbito negocial³⁵, por lo que habrá que determinar en cada caso las condiciones en que se realiza la presunción legal para establecer si se trata realmente de una declaración presunta de voluntad o de una ficción legal realizada por el legislador con otros fines.

Según ALBALADEJO, la Ley no hace más que determinar la conducta más probable, lógica o normal que realizan los sujetos en la actividad negocial, toda vez que; “*la conducta observada por el sujeto, corresponde normalmente a la determinada voluntad que se presume*”³⁶.

En los casos de voluntad presunta, al igual que en prácticamente la totalidad de las situaciones en que el legislador recurre a la técnica de las presunciones, lo que se pretende es

³⁴ Puig Brutau. Op. Cit., p. 325, “Declaraciones presuntas son las que consisten en una conducta a la que la ley atribuye el valor de declaración de voluntad. Es un efecto previsto por la ley ante determinados actos, por la presunción de que éstos revelan determinada voluntad”. Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 193, “Reciben tal calificación aquellas que manifestadas normalmente a través de actuaciones de voluntad (en este punto parecidas a las tácitas) tienen valor de determinada clase de voluntad porque así aparece recogido por el Derecho.// Se trata, en términos generales, de que la ley presume una determinada voluntad y le da un valor concreto”. Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 593: “De las declaraciones tácitas hay que distinguir las llamadas presuntas, que frecuentemente se denominan también tácitas, o se confunden con aquéllas.// Hablase de declaración presunta en los casos en que el Derecho considera a cierto comportamiento (que se encamina a declarar o que no es, por su naturaleza, medio de declaración) como declarador de una determinada voluntad, es decir, la ley dispone que una conducta debe ser considerada como declaración de tal o cual voluntad. Se dice, entonces, que la ley deduce o presume la voluntad. Y la conducta que da base para tal presunción, se califica de declaración presunta”.

³⁵ Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 193, “Sin embargo, en todos los casos en que esto ocurre, no podrá hablarse –técnicalemente- de negocio o de verdadera declaración de voluntad negocial”.

³⁶ Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 593.

proteger ciertas situaciones que se estiman dignas de amparo a través de la inversión de la carga de la prueba, facilitando a la parte más débil la prueba de la misma. Es así como, ante una presunción de voluntad establecida por el legislador, el que quiera beneficiarse de la presunción no necesitará probar –como habitualmente requeriría- el significado negocial de una determinada conducta, sino solamente los hechos antecedentes o premisas, los que acreditados llevarán automáticamente a la conclusión prevista en la ley, salvo claro está, prueba en contrario, que deberá ser proporcionada, esta vez, por quien se encuentra interesado en desvirtuar la presunción.

2.4. El silencio como manifestación de voluntad y las nuevas tecnologías

Tal como sucede en la teoría clásica del negocio jurídico, el silencio mantenido a través de las nuevas tecnologías, por regla general, no significará expresión de voluntad alguna, a excepción que la inactividad de la parte se dé dentro de un contexto del que quepa deducir alguna voluntad en términos concluyentes³⁷, tal como explicáramos para el caso de la voluntad tácita, pues el silencio, en los casos que supone una expresión de voluntad, constituye –además de la presunta- otra especie calificada de voluntad tácita³⁸.

³⁷ En tal sentido Flume, Werner. Op. Cit., p. 94, “En el tráfico jurídico negocial nadie puede imponer a otro que el silencio sea signo de declaración. Nadie puede, solamente porque él así lo decide, forzar a otro a que tenga que hacer una declaración, porque de no hacerlo su silencio valdría como declaración, porque de no hacerlo su silencio valdría como aceptación”, Galgano: “En esta materia cabe establecer una regla general, válida para la mayor parte de los ordenamientos: el silencio (*silence, silenzio, schweigen*), no se considera aceptación de una oferta”, Galgano señala que: “La oferta puede definirse como la declaración de una parte dirigida a una persona determinada, a cuya través la primera manifiesta su voluntad de concluir un contrato”, Galgano, Francesco. 2000. “El Negocio Jurídico en Alemania y en Italia”, en *Atlante de Diritto Privato Comparato*. Madrid: Ed. Fundación Cultural del Notariado, p. 138, también Galgano. 1992. Op. Cit., p. 86, señala: “El silencio, por si mismo, no significa más que la carencia de expresión y de la nada no cabe sacar ninguna consecuencia positiva. Podrá adquirir valor significativo, pero sólo en conexión con otros hechos o actos, y entonces como parte de una compleja conducta expresiva”, mientras que De Castro. Op. Cit., p. 69, en igual sentido expresa: “El silencio, en sí mismo y por sí mismo, no tiene valor jurídico de consentimiento tácito (en este mismo sentido también se expresa art. 18,º de la citada Convención de Viena sobre la venta internacional); sólo puede tener semejante valor si las circunstancias en las que se observa o que lo acompañan permiten atribuirle el significado de comportamiento concluyente”.

³⁸ Así señala Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 595: “Generalmente la declaración mediante silencio, es declaración tácita (por lo cual, le serán aplicables, en particular, las reglas de éstas), pero puede ser expresa: por ejemplo, silencio previamente convenido como equivalente a un acuerdo, si el aceptante no responde a una determinada oferta en cierto tiempo”. Ferrari. Op. Cit., p. 137, en un sentido similar expresa: “Pertenece también al tema del consentimiento tácito el problema del valor jurídico del silencio (como aceptación). Como demostración baste recordar la definición que la doctrina alemana da de la *stillschweigende Willenserklärung*: la expresión <declaración tácita de voluntad> tiene varios significados: comprende tanto la manifestación de voluntad a través de hechos concluyentes, como a través del silencio”, en tanto que Flume, Werner. Op. Cit., p. 99, en un sentido similar manifiesta: “De la declaración de voluntad, en la que el silencio es un modo de declarar, debe distinguirse la llamada <declaración de voluntad tácita> mediante actos concluyentes o, como se decía en la Ciencia del Derecho, mediante *facta concludentia*”.

Para que el silencio pueda considerarse declaración de voluntad deberá haber sido previamente considerado o previsto como hecho condicionante de una relación jurídica -hecho hipotético ideal- para que en el caso en que se realice en los términos previamente delimitados -hecho real- genere las consecuencias jurídicas previstas –nacimiento de derechos y obligaciones- ³⁹.

La determinación de las consecuencias jurídicas del silencio debe hacerse específicamente para cada hipótesis negocial, pues como suposición excepcional es de derecho estricto. Tal determinación podrá haberse realizado por medio de la ley o a través del acuerdo previo de las partes. Sin acuerdo previo el silencio, excepcionalmente, sólo podrá tener valor en la contratación entre presentes, si concurren circunstancias que hagan indudable el sentido del silencio en cuanto declaración de voluntad⁴⁰.

Cualquier duda en la determinación del significado del silencio o de las consecuencias que éste deba generar deberá ser interpretado restrictivamente, en el sentido de negar valor a tal aparente declaración⁴¹, toda vez, que la regla general es que el silencio no constituya manifestación de voluntad y la excepción calificada –previo cumplimiento de los presupuestos señalados- es que la suponga.

Especialmente sensible a la interpretación del silencio como forma de manifestación de voluntad se encuentran aquellas situaciones negociales en que las partes están en un plano de

³⁹ De Castro. Op. Cit., p. 70, pone de manifiesto la esterilidad del silencio en los casos en que no estén expresa y previamente determinadas sus consecuencias al decir: “*Por lo demás, cuando no existan dichas bases negocial o normativa, que den valor vinculante al silencio o de las que resulte la obligación de romperlo, es decir, en la mayoría de los casos, el guardar silencio ante una oferta no supondrá aceptación ni originará obligaciones (art. 1.262); tanto más ello será así en los casos en que el silencio sea respuesta al proceder ajeno impertinente; por ejemplo, cuando se escribe que si no se comunica lo contrario o se devuelve lo enviado a prueba, se entenderá aceptada la oferta de venta o abono*”.

⁴⁰ En tal sentido señala Flume, Werner. Op. Cit., p. 94, “Sin acuerdo especial, el silencio solamente puede ser un signo de declaración en el caso de declaraciones entre presentes en cuanto dadas las circunstancias tenga carácter de signo de declaración”. Lo afirmado por Flume es lógico, ya que sólo en la comunicación entre presentes se podrán dar una serie de otras circunstancias que permitan concluir que dentro del contexto de negociación mantenido, tal silencio tiene un significado concluyente. De lo contrario, según decimos, siempre se necesitará el pacto que delimita y atribuya significado específico al silencio.

⁴¹ Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 595, enfatizando las especiales condiciones de interpretación del silencio manifiesta: “Así, pues, si bien es cierto que para interpretar cualquier declaración, ésta debe apreciarse según los datos que la circundan, tal cosa adquiere especial relevancia cuando la declaración se emite mediante silencio, ya que éste carece de un sentido en sí, y que se le atribuya uno u otro, depende de las circunstancias en las que se guarde”, en tanto que Díez-Picazo y Gullón. 1990. Op. Cit., p. 508, consideran que la valoración del silencio; “como declaración de voluntad dependerá fundamentalmente de las siguientes circunstancias: existencia o no de relaciones entre las partes; usos generales del tráfico y usos individuales de aquellas partes”.

desigualdad, entre predisponente y aceptante o profesional y consumidor⁴², pues la imposición de una determinada significación del silencio a la parte débil de la relación jurídica podrá, razonablemente, considerarse un abuso de posición dominante y, por tanto, una actuación de mala fe.

En el ámbito particular de la contratación electrónica, la Ley del Consumidor, en su artículo 12 A, inciso 2º, acota decididamente los efectos que el silencio puede producir en la contratación realizada por medios telemáticos, al disponer que: “*La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor*”, norma que sin pronunciarse en términos directos sobre los efectos que el silencio pudiera o no producir, aclara que el consumidor electrónico, en este caso, deberá haber aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por proveedor, terminología que no ha sido del todo feliz, ya que no zanja completamente el punto, ya que la voluntad tácita, según hemos señalado, también debe ser inequívoca y el silencio, cuando produce efectos jurídicos, es una clase más de voluntad tácita.

En el caso español, la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores señala que a los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas siguientes: <<1.a ..., las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo>>, contemplando como abusiva una de las hipótesis más frecuentes de asignación de sentido al silencio –la de prórroga tácita–, claro está, limitada al caso en que se hubiera fijando una fecha límite que no hubiera permitido de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogar el contrato.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el análisis del silencio en el caso de la declaración de voluntad por medio de las nuevas tecnologías no ofrece novedad respecto a lo que se ha dicho tradicionalmente en la teoría del negocio jurídico, toda vez que se trata, precisamente, del caso de no exteriorización de la voluntad por actos positivos, y como se comprenderá es de la esencia del silencio la no transmisión de ningún mensaje en términos explícitos, siendo indiferente el medio en que se mantenga el silencio, a excepción de que las partes o la Ley al contemplar efectos jurídicos para el silencio en una hipótesis negocial

⁴² Hemos señalado que la actividad negocial que se realiza por medio de las nuevas tecnologías, se caracteriza por ser una actividad de masas que utiliza, por tanto, herramientas tales como los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación, por lo que las prevenciones hechas para tal clase de contratación serán generalmente aplicables a la actividad negocial realizada a través de los medios que proporciona Internet.

determinada hubieran contemplado como uno de los supuestos exigidos, precisamente, que el silencio haya sido mantenido por medios de comunicación determinados, en este caso, pertenecientes a las nuevas tecnologías.

3. MARCO CONCEPTUAL PARA LA COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO RELATIVO A LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Antes de acometer el trabajo que constituye el objeto principal del presente capítulo es necesario delimitar el ámbito material en que situaremos nuestro análisis. Para tal propósito es imperioso fijar lo que deberemos entender por contrato electrónico, contrato informático y consentimiento electrónico, conceptos que deben ser acotados para la utilidad final de las conclusiones a que podamos llegar.

En primer lugar es necesario distinguir entre el denominado contrato electrónico y el contrato informático, términos para los cuales la doctrina ha asociado significados bien delimitados y distintos, ello con independencia del alcance real que pueda atribuirse a los vocablos <electrónico> e <informático>.

Es así, como en doctrina jurídica habitualmente se entiende por contrato informático aquél cuyo objeto es un bien o servicio informático o aquél, en el que al menos una de las prestaciones de las partes tenga por objeto un bien o servicio informático⁴³. Lo característico del contrato informático es su objeto, conformado por la transacción de todos aquellos bienes o servicios que pueden ser considerados informáticos, tal como sucede en el caso que se negocie con computadores, bases de datos, programas, servicios de mantenimiento de redes, servicios de seguridad informática, etc.

Por lo dicho, un contrato podrá ser considerado informático aunque sea perfeccionado por medio de un contrato tradicional con tal que su objeto diga relación, de algún modo, con bienes o servicios informáticos, ello aunque no exista ningún elemento electrónico en la existencia del mismo.

⁴³ Carrascosa y otros entienden por contratación informática: “*los contratos de bienes y/o servicios informáticos, incluyendo los relativos a las bases de datos*”, Carrascosa, Valentín, Pozo; M^a. A., Rodríguez, E.P. 1999. **La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos**. Granada: Segunda Edición, Editorial Comares, p. 3. Clemente (2000), p. 61, entiende a su vez por contratos informáticos: “*aquellos que tienen por objeto un bien o servicio informático (un ordenador, una aplicación informática, el mantenimiento de una red, etc.*”. En un sentido similar Davara. 2001. Op. Cit., p. 231; Sanz Viola. Op. Cit. p. 646 y Vattier Fuenzalida. Op. Cit. p. 78.

Como puede apreciarse, tal especie de contrato no puede ser catalogado *a priori* como una especie de contrato electrónico, y su estudio ofrece poco interés desde nuestra perspectiva de análisis, salvo no sea para aclarar su sentido y excluirlo del ámbito específico en que desarrollaremos el estudio del perfeccionamiento del consentimiento por medios electrónicos. Ello sobre todo, si tenemos en cuenta que hemos dudado anteriormente de la validez de la existencia de una categoría contractual informática que sea conceptualizada de tal forma sólo en razón del objeto sobre el que recae el negocio jurídico⁴⁴.

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

Dada la fuerte carga de componentes tecnológicos del concepto de contrato electrónico y la rapidez con que evoluciona la tecnología se ha considerado aconsejable, a la hora de trabajar con conceptos jurídicos que se relacionan con la técnica y sus avances, tener en cuenta el denominado *principio de neutralidad tecnológica*⁴⁵, según el cual debe intentarse hacer las menos remisiones posibles a aspectos técnicos con el objeto de que la normativa no quede obsoleta rápidamente junto con la tecnología existente al tiempo de su entrada en vigor.

La norma jurídica debe procurar cierta permanencia en el tiempo y no puede fluctuar junto a los vaivenes sociales y la vertiginosa velocidad de los avances tecnológicos, bajo el riesgo de comprometer gravemente los niveles de seguridad jurídica que son exigibles a todo ordenamiento jurídico. Realizada tal advertencia intentaremos delimitar lo que debe entenderse por contrato electrónico.

Según DAVARA contrato electrónico o contratación electrónica es: “*aquella que se realiza*

⁴⁴ Si pudiera reconocerse tantas categorías contractuales como materias objeto de regulación contractual existen se distinguirían miles de categorías de contratos lo que demuestra lo absurdo de la especie, la que sólo se justifica en un primer momento de introducción de la informática para el estudio de los rasgos extraordinarios que pudieran presentar aquellos contratos referidos a tal objeto de regulación.

⁴⁵ Illescas Ortíz. 2001. Op. Cit. p. 51, explica el denominado principio de neutralidad tecnológica como: “*la aptitud de las nuevas normas disciplinadoras del C-E (comercio electrónico) para abarcar con sus reglas no sólo la tecnología existente en el momento en que se formulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación. Ello, obviamente, en un horizonte cronológico razonable... Las normas reguladoras del C-E y sus contratos han de resultar aplicables al C-E y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para la práctica de los intercambios comerciales a través del soporte electrónico. Aplicables además, no sólo a las tecnologías actuales sino también a las futuras: tanto, así pues, a las que se apoyan en el uso de cable como a las que prescinden de él, tanto a las que emulan el documento escrito cuanto a las biométricas por citar las más conocidas*”.

*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*⁴⁶. En un sentido similar entienden la noción diversos autores⁴⁷, concluyendo que cualquier contrato celebrado a través de medios electrónicos es un contrato electrónico. Lo importante, en consecuencia, es que la voluntad haya sido exteriorizada por cualquier clase de medios que puedan calificarse de electrónicos: lo que conllevará como consecuencia natural la posibilidad de archivo y transmisión electrónica del mismo⁴⁸.

A pesar de la aparente unidad de criterios los autores citados no concuerdan en la amplitud que debe darse al término. Entre la doctrina especializada es posible reconocer al menos dos acepciones asociadas a la noción⁴⁹: una significación más amplia que es capaz de comprender dentro del concepto los contratos celebrados por medio del teléfono, del télex y del fax, y una más restringida⁵⁰, que excluye tales medios de comunicación y sólo considera admisible dentro de la categoría aquellos contratos celebrados por medios telemáticos, nosotros diríamos más

⁴⁶ Davara: “*Un ejemplo de este tipo de contratación, puede venir de la mano de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, que considera ventas a distancia (art. 38) -distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza*”, Davara. 2001. Op. Cit., p. 189.

⁴⁷ Así Clemente expresa que los contratos electrónicos: “*son aquellos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos*”, Clemente Meoro, Mario. 2000. “*Algunas consideraciones sobre la Contratación Electrónica*”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 4, Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 61. En un sentido similar De Miguel. Op. Cit., p. 289, Moreno Navarrete, Miguel Ángel. 1999. *Contratos Electrónicos*. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 34; Sanz Viola. Ob. Cit. p. 646; Vattier Fuenzalida. Op. Cit. p. 78.

⁴⁸ Moreno Navarrete. Op. Cit., p. 34, destaca además que: “*A través del medio electrónico permanece, en la mayoría de las ocasiones, prueba cierta del negocio, pues, en definitiva, es un contrato escrito sui generis (documento electrónico)*”.

⁴⁹ Vattier Fuenzalida. Op. Cit., p. 78, señala que los contratos electrónicos pueden ser de dos clases: “*según se entiendan estos medios en sentido amplio o en sentido estricto*”.

⁵⁰ En tal sentido Fernández-Albor. 2001. Op. Cit., p. 263, señala que: “*Para considerar un contrato como contrato electrónico es, pues, en primer término, preciso reducir tecnológicamente la categoría a aquellos contratos en los que se emplean medios electrónicos de carácter telemático. No serían, pues, contratos electrónicos aquellos en los que se recurre a instrumentos técnicos electrónicos como el teléfono, el telégrafo, el télex o el fax. Lo serían simplemente aquellos en los que se recurre al empleo de ordenadores interconectados. En efecto, la aplicación coordinada de las tecnologías de la información (informática) con las de la comunicación (electrónica) producen como consecuencia la aparición de nuevos medios de expresión y transmisión de declaraciones de toda índole (telemática)*”. Partidario de la noción restringida se muestra también Clemente que propone considerar en la categoría de contratos electrónicos sólo: “*aquellos que se celebran mediante el uso de ordenadores a través de una red telemática, consistiendo tal diálogo en la transmisión electrónica de datos y documentos*”, Clemente Meoro. 2000. Op. Cit., p. 61.

bien, medios pertenecientes a las nuevas tecnologías de la información⁵¹. No obstante, la elección de un sentido u otro no es una cuestión trascendental, ya que como señalan SANZ Y VATTIER⁵², pueden admitirse ambas acepciones en una relación de coexistencia, con ámbitos de aplicación material diferenciados.

En el presente estadio de análisis del concepto podemos aceptar que un contrato electrónico es aquél en que la voluntad ha sido expresada por medios electrónicos siendo, en consecuencia, necesario esclarecer que debe entenderse por vía electrónica.

Para tal objetivo podemos recurrir a la normativa europea. A tal efecto la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, por remisión de su artículo 2 letra a), a la Directiva 98/48/CE modificatoria de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998⁵³, prescribe que deberá entenderse por comunicación por vía electrónica un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento -incluida la compresión digital- y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético optando como puede apreciarse por la acepción amplia del término.

En Chile, la letra a) del artículo 2º de la Ley N.º 19.799, sobre Documentos Electrónicos, prescribe que se entenderá por *ELECTRÓNICO*, aquella característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares;

⁵¹ Debe tenerse presente que las modalidades tradicionales de comunicación hoy pueden realizarse por medios telemáticos, especialmente el teléfono y el fax, pero además la televisión digital. En tal sentido señala Clemente que en la televisión digital: “*el consumidor recibe en su televisor la oferta del bien o del servicio (v. gr., la emisión de un vídeo a la carta o un partido de fútbol, o la compra de un bien) y emite su aceptación por medio de su decodificador de la señal de televisión. No se utiliza propiamente un ordenador pero si un sistema digital de emisión y recepción de las declaraciones de voluntad. Y lo mismo que en la contratación electrónica por Internet, se aprovecha una pantalla –en lugar de la del ordenador, la de la televisión- para hacer más apetecible la oferta y ganar la voluntad del consumidor*”, Clemente Meoro. 2000. Op. Cit., p. 62.

⁵² Realiza tal distinción Sanz Viola. Op. Cit., p. 646, señalado al respecto: “*Se incluyen los contratos celebrados por medio del teléfono, del télex, del fax, pero en un sentido más estricto se consideran como tales los que se celebran mediante el uso de ordenadores a través de una red telemática, consistiendo tal diálogo en la transmisión electrónica de datos y documentos*”. También Vattier Fuenzalida. Op. Cit., p. 79, reconoce ambas acepciones, entendiendo por contrato electrónico en sentido estricto; “*los que se celebran mediante el llamado -diálogo de ordenadores-, el cual discurre entre el ordenador del emisor y el ordenador del receptor a través de una red telemática binaria e interactiva de operadores intermedios, cuya más lograda expresión actual es la popular red Internet*”.

⁵³ Por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

Mucho más completa ha sido la Directiva europea antes citada, la que entiende, en su artículo 2. a), por *servicios de la sociedad de la información*: “*Aquellos servicios prestados en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE*”. A su vez, en las dos Directivas citadas se entiende por *servicio*; “*todo servicio de la sociedad de la información prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición de un destinatario de servicios*”. Por, *< a distancia >*, se entiende un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente y, finalmente, *< por vía electrónica >*, según hemos visto, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético, reenviándonos nuevamente a la acepción amplia de contratación electrónica. Volviendo, como se puede apreciar, por remisión a la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, al concepto amplio de contratación por vía electrónica⁵⁴.

En todo caso, debe puntualizarse que no existe una relación de dependencia absoluta entre los términos comunicación electrónica y los denominados servicios de la sociedad de la información, puesto que muchos servicios prestados electrónicamente no constituyen servicios de la sociedad de la información en razón del ámbito subjetivo o material en que se desarrollan.

De las disposiciones revisadas se desprende que también en este contexto pueden admitirse dos acepciones relativas a la contratación electrónica. La primera, más amplia, vinculada a todas las formas de expresión de la voluntad que puedan comprenderse de algún modo dentro de la modalidad; “*comunicación o vía electrónica*”, y la segunda, más restringida, vinculada exclusivamente a los servicios de la nueva sociedad de la información o nuevas tecnologías de la información, que implican la utilización de redes de computadores – telemática-, entendiéndose que excluyen –al menos en sus versiones tradicionales-, medios tales como el teléfono, el fax o el télex.

No obstante, la contradicción aparente evidenciada será atenuada por el curso normal de desarrollo de los medios de comunicación, ya que incluso aquellos que hemos calificado de *< tradicionales >* como el teléfono, el fax o la televisión han digitalizado sus procesos y muchas veces su transmisión se produce por líneas que interconectan computadores que codifican y

⁵⁴ - La citada Directiva 98/48/CE, de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, *Diario Oficial nº L 217 de 05/08/1998 P. 0018 - 0026 CONSLEG - 98L0034 - 05/08/1998 - 33*, entiende por -vía electrónica-: “*un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;*”.

decodifican la información. Por lo dicho, es dable esperar un futuro bastante próximo en el que sea muy difícil establecer diferencias significativas entre los medios de comunicación clásicos aludidos y aquellos que se ejecutan por medio de las nuevas tecnologías.

Sin embargo, y sólo para efectos de nuestro trabajo limitaremos el concepto de contratación electrónica a aquellos que hoy se ejecutan a través de las nuevas tecnologías, sólo para efectos de centrar nuestros esfuerzos en aquellos aspectos especialmente novedosos y por la circunstancia de que –tal como decimos- todo indica que la línea de desarrollo tecnológico de los medios de comunicación tradicionales se confundirán más temprano que tarde con los conceptos que integran la noción de nuevas tecnologías de la información⁵⁵.

En un primer análisis podemos afirmar que el concepto restringido de contrato o contratación electrónica vinculado a los medios telemáticos⁵⁶ o nuevas tecnologías supone – como presupuesto genérico- que los contratantes –oferedor y aceptante- se encuentren no presentes, ausentes o a distancia.

Numerosos autores se han pronunciado en el sentido de considerar que las hipótesis de contratación electrónica constituyen una modalidad de la contratación a distancia⁵⁷.

Por nuestra parte, reconociendo que en sus orígenes la contratación electrónica nació estrechamente vinculada a los medios de comunicación a distancia o telecomunicaciones, consideramos que hoy no existe una relación de necesidad entre ambos supuestos, al menos en términos absolutos. Tal tesis se sustenta en la actual regulación del documento electrónico, la firma digital y, en síntesis, lo que podemos denominar hoy como la incipiente teoría de la prueba literal electrónica, que permite en la actualidad y, aún más en el futuro, concebir la

⁵⁵ Por lo demás, el análisis que hoy efectuemos a la contratación efectuada por las nuevas tecnologías será perfectamente aplicable a la televisión digital o telefonía digital, que comparte, según hemos dicho, las características esenciales de las nuevas tecnologías de la información, por usar para su desarrollo, a su vez también, parte de esas nuevas tecnologías.

⁵⁶ La noción de -telemática- supone la unión de redes de computadores –informática- que se encuentran a distancia.

⁵⁷ Vattier Fuenzalida. Op. Cit., p. 89, en tal sentido señala: *“Ante todo, hay que señalar que la nueva disciplina de los contratos a distancia no hace mención expresa de los ordenadores, ni de los contratos electrónicos, pero parece indudable que están comprendidos en la definición de los mismos”*. En igual sentido: Botana. 1999. Op. Cit., p. 229, Clemente Meoro. Op. Cit., p. 65, De Miguel. Op. Cit., p. 361, Fernández-Albor. 2001. Op. Cit., p. 272, Sanz Viola. Op. Cit., p. 647 y Serrano Gil de Albornoz. Op. Cit., p. 282, entre otros autores. No obstante, según tendremos oportunidad de analizar a fondo cuando nos ocupemos de la determinación del momento de perfeccionamiento de contrato electrónico, una parte de la doctrina considera para esos efectos específicos al negocio jurídico electrónico como una especie de contratación entre presentes, sobre todo debido a la circunstancia de que se trata, por regla general, de un proceso ininterrumpido de comunicaciones entre oferedor y aceptante.

utilización de medios electrónicos para la contratación entre presentes, por ejemplo, firmando un contrato por medio de la suscripción digital con el objeto de enviar copia certificada del mismo en forma inmediata por Internet a otros lugares o, simplemente debido a la circunstancia de que los sistemas de almacenamiento documental se van transformando paulatinamente para acomodarse más al documento contenido en formato electrónico que al contenido en soporte papel⁵⁸, por lo que resultará en muchos casos más adecuada la modalidad de soporte documental electrónica a las clásicas.

3.1. Contratos consentidos electrónicamente y contratos electrónicos en sentido estricto

Del hecho de que la actividad negocial electrónica trasciende la función de constituir sólo un medio de comunicación se deduce la distinción entre contratos electrónicamente consentidos y contratos electrónicos en sentido estricto⁵⁹.

Los contratos electrónicamente consentidos son aquellos en los que las nuevas tecnologías han sido utilizadas fundamentalmente como vehículo de transmisión de la voluntad y, por tanto, en su caso, para la formación del consentimiento, correspondiendo en líneas generales lo que se ha denominado *contratos electrónicos en sentido restringido*.

La segunda categoría de contrato electrónico que proponemos, es aquella categoría posibilitada por la aparición de los avances introducidos por la legislación sobre firma electrónica -suscripción electrónica, cifrado de documentos, certificación electrónica, etc.-, aspectos técnicos que permiten que negocios jurídicos consentidos a distancia puedan archivarse, transmitirse y suscribirse de manera electrónica.

Esta nueva clase de contratos electrónicos es la que hemos denominado -en la nomenclatura que propusieramos en un trabajo anterior⁶⁰-, contratos electrónicos en sentido estricto, para

⁵⁸ El problema como tendremos oportunidad de analizar más a fondo, cuando analicemos en el presente capítulo la circunstancia de si la contratación efectuada por medio de las nuevas tecnologías es una contratación entre ausentes o presentes, ofrece numerosas variables de complejidad. Es así como dos personas -que contaran con firma electrónica y residieran en la misma ciudad- pudieran optar por el contrato electrónico para evitar el desplazamiento a un lugar común para suscribir de forma manuscrita el documento en que conste el negocio.

⁵⁹ La distinción de la categoría de contratos electrónicamente consentidos ya ha sido efectuada por Moreno Navarrete. Op. Cit., p. 35.

⁶⁰ En tal sentido afirmábamos: “*hoy en día un contrato electrónico se distingue por el hecho de constar -escrito en soporte informático, por el hecho de que las partes pueden identificarse fiablemente en virtud de la firma electrónica en el mismo documento electrónico, documento en el que además un tercero puede haber certificado la identidad de las partes y haber fijado -y almacenado independientemente una copia electrónica del*

diferenciarlos de todos aquellos que sólo han sido consentidos electrónicamente.

Nuestra propuesta conceptual se justifica, pues como nos proponemos demostrar, las consecuencias jurídicas serán diversas en los contratos que sólo han sido consentidos electrónicamente y aquellos contratos electrónicos en sentido estricto, que poseen una entidad existencial electrónica.

Las ideas expuestas, en todo caso, deben ser entendidas a la luz de una importante advertencia. Ella consiste en subrayar que la validez de las propuestas de sistematización conceptual revisadas tienen un valor relativo e instrumental y se justifican, más que por la existencia de una nueva categoría contractual con una naturaleza jurídica propia, en la necesidad provisional de estudiar un fenómeno que evidentemente requiere de trabajos de adaptación por parte de la dogmática jurídica tradicional.

Lo que decimos es que, en principio no se favorece la creación de una nueva clase de contratos que se distinga sólo por el medio de comunicación utilizado para expresar la voluntad -de ser así existirían contratos telefónicos o telegáficos-, como tampoco se propugna el reconocimiento de contratos sólo en virtud del medio de archivo o suscripción documental, ya que de ser así se tendría que haber reconocido la categoría de contratos *papel*, distinción que, como se comprenderá, no parece razonable.

En el momento, que parece no estar muy lejano, en el que en la gran mayoría de los contratos intervenga algún elemento de naturaleza electrónica, ya sea porque la voluntad ha sido expresada por un sistema electrónico, ya sea porque ha sido almacenado en soporte informático, ya sea porque ha sido suscrito electrónicamente no tendrá sentido hablar de contratos electrónicos, sino que en ese momento sólo procederá denominarlos contratos, la clase más usual de contratos, debiendo integrar el elemento electrónico, para todos los efectos, la noción de contrato propia del Derecho común.

3.2. Contratos electrónicos interactivos u *on line* y no interactivos u *off line*

Otra categoría que se acostumbra a distinguir en la contratación electrónica -no siempre con el mismo significado doctrinal-, dice relación con los contratos electrónicos celebrados de modo interactivo u *on line* y aquellos perfeccionados *off line* o de modo no interactivo.

contrato para cuando las partes lo requieran- el contenido del mismo de manera que resulte probada su vinculación a las partes como su declaración genuina de voluntad, hecho que impedirá además, el repudio del contenido del contrato por parte de alguno de los contratantes". En la página 44 del mismo trabajo intentábamos un concepto al señalar que entendíamos: "por contrato electrónico (en sentido estricto) aquel contrato escrito, contenido en soporte electrónico y firmado digitalmente por las partes".

Se entiende habitualmente por contrato electrónico interactivo u *on line* aquellos contratos perfeccionados mediante una tecnología que pueda adscribirse al concepto de *nuevas tecnologías* y que, por lo mismo, permita un proceso de comunicación continuo o no interrumpido entre las partes, procedimiento que también ha sido denominado en <tiempo real⁶¹. En tal sentido, pueden ser considerados contratos electrónicos interactivos los perfeccionados mediante la utilización del Chat, la telefonía IP y la videoconferencia por Internet.

Por el contrario, se entiende por contratos electrónicos no interactivos u *offline* a aquellos perfeccionados mediante un proceso perteneciente a las nuevas tecnologías que no permite un proceso de comunicación continuo entre las partes o en tiempo real. Este proceso se caracteriza por el hecho de que el consentimiento se forma por una serie de comunicaciones que mantienen las partes, separadas unas de otras por un período de tiempo perfectamente distingible. Sería un ejemplo clásico de contrato electrónico no interactivo u *offline* aquel perfeccionado a través del correo electrónico.

Hemos omitido expresamente adscribir el negocio jurídico perfeccionado vía página Web a la clasificación de contrato electrónico *on line* u *offline* ya que la doctrina no es uniforme a

⁶¹ Fernández-Albor. 2001. Op. Cit., p. 287, explica que los contratos *on line* son aquellos concluidos por medio de “*mecanismos electrónicos interactivos*”. Por su parte Mateu De Ros. Op. Cit., p. 43, refiriéndose a la misma categoría contractual señala: “*El entorno interactivo y bidireccional de Internet permite la interconexión –espontánea y continuada– de las partes en tiempo real y en unidad de acto*. En un sentido similar entiende tal distinción De Miguel Asensio. Op. Cit., p. 301, al señalar que: “*los contratos propiamente en línea, a través del contacto interactivo...*”. En un sentido diverso entienden la clasificación de contrato *on line* y *off line* Paz-Ares y otros. 2001. Op. Cit., p. elec., quienes al respecto señalan: “*Dentro de este apartado, debemos distinguir entre los contratos On-line y los contratos Off-line. En el primer caso, la ejecución del contrato se realiza a través de la red (por ejemplo, la compra de software en la página web de -Microsoft-; la compra de un billete de avión en -Go-, en la que sólo se remite al comprador una clave y no un billete, etc.). En el segundo caso, la ejecución del contrato se realiza fuera de la red por los cauces habituales (por ejemplo, la compra en -Amazon- de discos o de libros; o la compra en -Iberia- de un billete de avión que se recibe por mensajería, etc.). En realidad, cualquier operación comercial que hacemos en nuestra vida cotidiana por correo, teléfono, fax o presencia física puede desenvolverse en una red informática*”. Sin embargo, estimamos que es más propio atender a las características del proceso de comunicación antes que a la forma de ejecución del contrato para clasificar de *on line* u *off line* el contrato electrónico, toda vez que la determinación de la característica de proceso comunicacional ininterrumpido o no del contrato electrónico, tendrá importantes consecuencias en la determinación de significativos aspectos de la contratación como aquellos referidos al lugar y momento de perfeccionamiento del contrato, todo lo dicho, sin perjuicio de poder reconocer también, diferentes clase de contratos según la naturaleza electrónica o no de su ejecución. En un trabajo anterior de nuestra autoría proponíamos reconocer de acuerdo a tal criterio las siguientes categorías: *contrato electrónico de ejecución electrónica*, en el caso que la totalidad de las prestaciones nacidas de un contrato perfeccionado electrónicamente sean susceptibles de cumplimiento electrónico; *contrato electrónico de ejecución no electrónica*, en el caso de que la totalidad de las prestaciones derivadas del contrato electrónico no sean realizables electrónicamente –como una permute de dos bienes materiales, y; *contrato electrónico de ejecución mixta*, en el caso de que algunas de las prestaciones del contrato electrónico sean susceptibles de cumplimiento electrónico y otras no lo sean.

la hora de atribuirla a una u otra teoría⁶².

Tal situación se explica, a nuestro entender, por la circunstancia de que la modalidad de la contratación vía página Web puede presentar rasgos pertenecientes a ambas posibilidades contractuales dependiendo de la forma en que haya sido programado el funcionamiento de la Web.

En el sentido señalado es posible encontrar sitios Webs en los que sólo se puede establecer contacto por medio de una dirección de correo electrónico que se indica en la misma -a través de un enlace con el programa de correo electrónico-, caso en el cual nos encontraríamos ante una modalidad de contratación *off line*. En otras ocasiones es posible establecer contacto con portales de Internet que presentan una compleja estructura de interactividad con los usuarios y, por ejemplo, ante la solicitud de compra de un producto se encuentran programados para emitir en cuestión de segundos comunicaciones, entre otros propósitos, para acusar recibo y confirmar el perfeccionamiento del contrato -por medio de sistemas informáticos expertos-, contando en ocasiones además, con personal que atiende *on line* las dudas o problemas que puedan ocurrir durante el proceso de comunicación automatizado, hipótesis contractuales estas últimas que indudablemente otorgan a tales procesos de contratación las características necesarias para ser consideradas dentro de la modalidad de contratación *on line*⁶³.

Es conveniente enfatizar que las extraordinarias cualidades de la comunicación *on line* por medio de las nuevas tecnologías, especialmente la facultad que otorga a las partes del proceso negocial de interactuar en tiempo real, ha permitido diferenciar nítidamente tal proceso comunicacional de aquellos que eran posibles a través de los medios de telecomunicaciones existentes hasta antes de la aparición de las nuevas tecnologías de la información, como también distinguirlas de aquellos procesos que en los primeros años de desarrollo de las nuevas tecnologías fueron conocidos como *contratación informática*⁶⁴. En tal sentido MATEU DE ROS expresa: “*Esa presencia real de la voluntad de los sujetos tanto en el instante originario del*

⁶² Así por ejemplo Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec., lo considera como una clase de: “*contratos entre ausentes o personas distantes ya que las emisiones de voluntad contentivas de la oferta y la aceptación no tienen lugar de modo simultáneo*”. En un sentido contrario De Miguel. Op. Cit., p. 301, señala que los: “*contratos propiamente en línea*”, se realizan “*a través del contacto interactivo con un sitio web*”.

⁶³ En una propuesta similar a la nuestra Mateu De Ros. Op. Cit., p. 55, propone distinguir entre Webs activas y pasivas: “*Las primeras hacen referencia a una presencia en Internet en la que el proveedor no se limita a exhibir y publicitar sus productos y servicios sino que promueve la comercialización de los mismos...*”. Continúa el mismo autor, p. 56, “*La -website- pasiva es, en cambio, un sitio, destino, portal o espacio de la red en el que se ubica una oferta pública genérica, un escaparate exterior que, desde luego, puede provocar ofertas de contratación por parte de la clientela potencial*”.

⁶⁴ En tal sentido señala Mateu De Ros. Op. Cit., p. 43: “*Ésta es la característica más relevante del nuevo medio y que lo diferencia radicalmente de lo que hasta la aparición de Internet se conocía como -contratación*

sinalagma genético como en el desenvolvimiento del sinalagma funcional del negocio jurídico bilateral, produce unos efectos jurídicos decisivos que se aproximan al contrato en Internet mucho más al negocio jurídico convencional que a la transacción informatizada”⁶⁵. De tal modo que, contra todo pronóstico, la comunicación formulada por medio de las nuevas tecnologías en su modalidad *on line*, se acerca más, si de clasificarla de acuerdo a los esquemas tradicionales se trata, a la contratación entre presentes, pues se encuentran en ellas todas las cualidades que atribuían a tal proceso comunicacional los legisladores decimonónicos.

Con todo, debe hacerse una prevención de carácter técnica a la categoría de los contratos *on line* generados a través de las nuevas tecnologías en relación a su predecesora: la comunicación telefónica tradicional.

Tal prevención dice relación con el hecho de que ya ha transcurrido bastante tiempo desde que la comunicación telefónica⁶⁶ desbarató, en algún sentido, las reglas clásicas relativas a la contratación entre presentes y ausentes, y fue calificada, a pesar de la ausencia física de las partes como una especie de comunicación entre presentes. Ello ocurrió, en derecho extranjero, en la sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de enero de 1948, resolución respecto de la cual la doctrina española considera que el criterio inspirador del razonamiento utilizado en dicha resolución judicial se encuentra en el hecho de que en la comunicación telefónica existe un proceso comunicativo ininterrumpido⁶⁷, y que hoy se aplica para establecer, precisamente,

informática”. El autor citado entiende por *contratos informáticos*, en el sentido antiguo de la expresión, como aquellos: “*contratos mecanizados, basados en instrucciones técnicas programadas, en los cuales la autonomía de la voluntad está contenida en un contrato marco previo entre las partes, siendo los intercambios electrónicos simples actos ejecutivos de aquel acuerdo previo general*”.

⁶⁵ Mateu De Ros. Op. Cit., p., 43.

⁶⁶ En ese sentido De Miguel. Op. Cit., p. 313.

⁶⁷ Díez-Picazo en el sentido indicado señala: “*El problema no se plantea si, no obstante el distanciamiento o la lejanía, existe entre las partes un proceso de comunicación ininterrumpido... Lo mismo puede decirse cuando se produzca un ininterrumpido proceso de comunicación por télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación*”, Díez-Picazo, Luis. 1996. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato**. Madrid: Vol I, 5^a Edición, Civitas Ediciones, p. 318. Carrascosa y otros. Op. Cit., p. 25, en una línea similar consideran que es irrelevante el hecho de que los contratantes se encuentren presentes o ausentes físicamente, dado que, según sus palabras, “*es la falta de intercambio inmediato de declaraciones de voluntad, la que determina la ausencia en la contratación*”. De Miguel. Op. Cit., p. 313, explica adecuadamente el criterio de distinción al señalar: “*cuando la formación del contrato se produce mediante el empleo de servicios interactivos que permiten el intercambio simultáneo de información –esa es la situación normalmente en la malla mundial- predomina la idea de que se trata de medios de comunicación a distancia que posibilitan una formación instantánea y no sucesiva del contrato, de modo que el tratamiento del momento de celebración debe ser equiparado al de otros medios instantáneos como el teléfono, pues permite la comprobación inmediata de que la declaración de voluntad ha sido recibida por el destinatario*”.

la distinción entre contratos electrónicos *on line* y *off line*. No obstante, lo que queremos dejar establecido es que la comunicación vía Internet, ya sea por chat, videoconferencia o telefonía IP⁶⁸ presenta características técnicas que la diferencian de la telefonía tradicional ya que en esta última existe un canal de comunicación exclusivo e ininterrumpido entre los conferiantes, mientras que en la telefonía IP, chat o videoconferencia no sucede lo mismo, pues técnicamente en las comunicaciones vía Internet, incluso las *on line*, no existe un canal de comunicación exclusivo y abierto permanentemente para los conferiantes, sino que, por ejemplo en el caso de la telefonía IP, cada vez que una parte habla, tal información se digitaliza (1-0) y se envía por paquetes a través de Internet, cada uno de los cuales puede seguir rutas diferentes para llegar a ser escuchado en el computador del receptor⁶⁹. De tal modo que en la clase de comunicación comentada puede considerarse que se producen interrupciones generalmente breves, explicadas más bien por el silencio que puede mantener durante algunos instantes una de las partes. Por todo lo señalado, según ha dicho VILA⁷⁰, en algunos aspectos la telefonía IP puede parecerse más al correo postal que a la telefonía tradicional y, evidentemente el correo postal no es interactivo.

La clasificación entre contratos *on line* y *off line* explicada tiene importancia para la determinación de los efectos jurídicos que genera cada una de las diferentes especies de contratos electrónicos⁷¹, por lo que su inclusión se justifica sobradamente.

Advertimos que las clasificaciones expuestas relativas al contrato electrónico no son las únicas que han sido hasta la fecha reconocidas en doctrina. También se acostumbra a distinguir,

⁶⁸ Protocolo de Internet.

⁶⁹ En tal sentido Vila Sobrino explica que la parte IP de la telefonía por Internet: “*es la encargada de introducir cada uno de esos paquetes en un -contenedor- que contenga la dirección del ordenador destinatario, conocida como dirección IP... Cada vez que se recibe un paquete en el ordenador destinatario se comprueba su validez, se separa la parte de -información-, se identifica al mensaje al que pertenece y se añade el nuevo paquete a los ya recibidos*”, Vila Sobrino, José Antonio. 2001. “Aspectos Técnicos para el Desarrollo de Aplicaciones de Comercio Electrónico”, en *Comercio Electrónico en Internet*, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 49.

⁷⁰ Vila Sobrino. Op. Cit., p. 49: “*Si comparamos este protocolo con los medios de comunicación que nosotros conocemos, vemos que se parece más al correo postal que al sistema telefónico. Éste último es un sistema de conmutación de circuitos: cuando se establece una comunicación entre dos interlocutores se abre un circuito permanente entre ellos a través del cual intercambian la información que desean. Sin embargo, el protocolo TCP/ IP funciona mediante conmutación de paquetes, al igual que el sistema postal: el remitente introduce paquetes en un canal de comunicación (la red de ordenadores), cada uno con su dirección oportuna, y se despreocupa de la vía concreta que éstos siguen*”.

⁷¹ Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec.; “*En los contratos celebrados vía Internet, a través del sistema WWW o del correo electrónico, habrá que analizar las reglas de formación de los contratos entre ausentes o personas distantes ya que las emisiones de voluntad contentivas de la oferta y la aceptación no tienen lugar de modo simultáneo*”.

entre otras, aquella originada en el ámbito del comercio electrónico que reconoce, precisamente, la clasificación entre comercio electrónico directo e indirecto⁷², en atención a las posibilidades que ofrecen las diversas modalidades contractuales para la ejecución electrónica de las obligaciones de ellas emanadas, clasificación que es perfectamente aplicable a la contratación electrónica. En tal sentido, y traspasando el criterio aludido desde el plano comercial -en el que ha sido formulado- al perteneciente al plano propio de la teoría de las obligaciones, distinguimos entre: *contratos electrónicos de ejecución electrónica*, en el caso de que la totalidad de las prestaciones nacidas de un contrato perfeccionado electrónicamente sean susceptibles de cumplimiento electrónico⁷³; *contratos electrónicos de ejecución no electrónica*, en el caso de que la totalidad de las prestaciones derivadas del contrato electrónico no sean realizables electrónicamente –como una permuta de dos bienes materiales, y; *contratos electrónicos de ejecución mixta*, en el caso de que algunas de las prestaciones del contrato electrónico sean susceptibles de cumplimiento electrónico y otras no lo sean. No profundizaremos en la clasificación de contratos electrónicos de ejecución electrónica o no, así como en alguna otra reconocida en doctrina, por referirse a etapas distintas del proceso contractual de aquella que forma el objeto principal de interés de nuestro estudio conformada específicamente por la fase de la formación del consentimiento electrónico.

Concluyendo lo relativo al concepto de contrato o negocio jurídico electrónico y a sus principales clasificaciones y, particularmente para los efectos precisos de nuestro trabajo, distinguiremos dos ámbitos del contrato electrónico: aquel más amplio referido a todos los contratos que hemos denominado electrónicamente consentidos, y; aquél referido única y exclusivamente a aquellos contratos que constan en soporte electrónico y pueden ser suscritos en tal formato, categoría de reciente aparición que hemos denominado contratos electrónicos en sentido estricto.

4. LA FASE PRECONTRACTUAL EN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

⁷² En tal sentido De Miguel. Op. Cit., p. 299, explica que el concepto de comercio electrónico indirecto incluye: “*las transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles, es decir, en soporte material, de modo que la entrega del producto o la realización del servicio no puede tener lugar en línea, por lo que la ejecución de esa obligación coincide con la que tendría lugar de haberse concluido la transacción por medio del comercio tradicional. Por su parte, el comercio electrónico directo engloba aquellos contratos electrónicos relativos a la entrega a través de la Red de bienes sin soporte físico o información digital. Respecto a las obligaciones dinerarias, su cumplimiento puede tener lugar, tanto en el comercio electrónico directo como indirecto, a través de la Red.*”.

⁷³ Como sucede cuando se compra un programa informático o música que se recibe directamente a través de Internet y se paga con una tarjeta, por medio de una transferencia electrónica de fondos (TEF).

La fase precontractual en la formación del consentimiento es un tema relativamente nuevo en doctrina.

En efecto, la doctrina clásica de la teoría general del contrato consideraba que el negocio jurídico nacía en el momento que se perfeccionaba el consentimiento y que las partes eran libres para decidir si contratar o no, así como eran igualmente libres para determinar el contenido de cada negocio.

Tal visión inicial del asunto ha ido abandonándose paulatinamente y hoy la doctrina se ocupa de una serie de aspectos que suceden o pueden suceder en la fase anterior al perfeccionamiento del negocio jurídico⁷⁴, intentando determinar su naturaleza contractual o extracontractual así como las consecuencias jurídicas que de tales sucesos precontractuales pudieran derivarse. Nos referimos a todas aquellas materias que se agrupan bajo la denominación de *fase precontractual en la formación del consentimiento*.

Sin la pretensión de introducirnos en el estudio de todos los aspectos preliminares a la contratación destaca de entre ellos, desde nuestra óptica de interés en el ámbito del negocio jurídico electrónico, el denominado *deber de información precontractual*, por tener asignado tal deber en la contratación electrónica un rol de carácter más amplio que el que se le atribuye usualmente en la teoría negocial jurídica clásica.

En todo caso, como advierte FERNÁNDEZ-ALBOR⁷⁵, debe distinguirse nítidamente lo que son los deberes de información y lo que es el contenido mínimo legal de la propuesta contractual. La infracción al contenido mínimo de la oferta generará la imposibilidad de la formación del consentimiento o, en su caso, la nulidad del negocio jurídico.

4.1. El deber de información previo en la formación del consentimiento electrónico

De acuerdo a la teoría tradicional corresponde a cada uno de los contratantes adquirir la

⁷⁴ El estudio de los sucesos ocurridos antes del perfeccionamiento del negocio comenzó en Alemania con **Ihering**, en virtud del desarrollo de la teoría de la responsabilidad precontractual, que se funda en que la parte que no emplea la debida diligencia en la fase previa del negocio incurre en la llamada *culpa in contrahendo*, por tanto: “*El perjudicado por esa culpa dispone de una acción de resarcimiento que tiene una base y un carácter estrictamente contractual. La conclusión de un contrato, dice Ihering, no produce sólo la obligación de cumplimiento, sino que hace nacer también, cuando la obligación de cumplimiento queda excluida, un deber de resarcimiento de daños*”, Díez-Picazo, Luis. 1996. Op. Cit., p. 272.

⁷⁵ Fernández-Albor. 2001. Op. Cit., p. 280.

información que requieran para el proceso negocial que desarrollan⁷⁶, especialmente aquella referida al objeto y a los términos de las obligaciones que contraen. Según la citada teoría clásica existen; “*unos limitados deberes de información precontractual, que se articulaban en torno al régimen de los vicios del consentimiento –régimen que pone el acento en los aspectos psicológicos del consentimiento-, o al del saneamiento por evicción o vicios ocultos*”⁷⁷. Específicamente, la entrega de información a la contraparte era una exigencia de buena fe⁷⁸, recogida en el artículo 1546 del Código civil, que podía exigirse en la fase previa de la celebración del contrato, ya que debía ser la información obtenida en tal etapa negocial la que permitiría la formación de voluntades serias e informadas lealmente por cada contraparte del contrato y, en definitiva, la formación de un consentimiento válido.

La infracción al citado deber de información, de acuerdo a la teoría clásica, podía generar en caso que el negocio jurídico se hubiera perfeccionado, la nulidad del mismo, debido a las causales previstas en los vicios del consentimiento o en las hipótesis contempladas para el saneamiento por evicción o por vicios ocultos. En el caso de que el negocio jurídico no hubiera llegado a perfeccionarse y siempre que se hubieran producido daños quedaría, según lo explicado, la vía de la culpa *in contrahendo*⁷⁹ basada en la infracción del principio y deber de buena fe contractual prevista en el artículo 1546.

⁷⁶ Gómez Calle: “*Ese principio de individualismo impera en la época de la codificación decimonónica;..., desde este punto de vista, la información en la etapa precontractual había de considerarse (en la misma línea que en Roma) como una tarea propia de cada uno de los (futuros y eventuales) contratantes, únicos tutores de sus propios intereses, que se encuentran, además, en contraposición, a los del otro*”, Gómez Calle, Esther. 1994. **Los Deberes Precontractuales de Información**. Madrid: La Ley, p. 12.

⁷⁷ Martínez de Aguirre, Carlos; de Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel Ángel y Parra Lucán, María Angeles. 2000. **Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones**. Madrid: Ed. Colex, p.137. En un sentido similar Fernández-Albor. 2001. Op. Cit., p. 280, señala: “*La oferta negocial, para desplegar los efectos jurídicos que le son propios, debe poseer un contenido mínimo necesario. En Derecho común se exige que la oferta contractual identifique de forma inequívoca los rasgos básicos del objeto sobre el que va a recaer el negocio, así como los elementos del mismo*”.

⁷⁸ Gómez Calle: op. Cit., p. 12, señala al respecto: “*Desde la perspectiva jurídica, es usualmente admitido que el fundamento de estos deberes de información se halla en la buena fe, que ha de presidir la actuación de las partes también en la fase precontractual. La presencia de las exigencias de buena fe en esta fase ya se admitió en Derecho romano, aunque, al parecer, con una virtualidad bastante restringida, para excluir sólo los casos de dolo grave (engaños), ya que el campo de los tratos precontractuales estaba presidido por ideas individualistas*”. Santos Morón: “*Es una exigencia general en todo tipo de contratación que se fundamente en el principio de buena fe. Dicho principio genera obligaciones de comportarse lealmente también en la fase previa a la celebración del contrato (art. 7.1 C.c.; art. 1.258 C.c.). Con carácter general la buena fe obliga a los sujetos que entablan negociaciones a suministrar información sobre los hechos a que se refiere el contrato que van a celebrar con el fin de evitar el posible error en que pueda incurrir la otra parte contratante*”, Santos Morón, María José. 1999. “*Información Precontractual, Forma y Prueba del Contrato*”, en **Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores**, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, p. 143.

⁷⁹ “*Los meros deberes de información constituyen una carga pre-contratual cuyo incumplimiento no genera, en principio, la nulidad del contrato, sino una mera responsabilidad por culpa in contrahendo*”; Fernández-Albor. 2001. Op. Cit., p. 280.

No obstante, dadas la profundas transformaciones que ha experimentado la contratación en el siglo XX y en lo que llevamos del XXI, existe consenso en doctrina en que el esquema clásico brevemente reseñado resulta hoy visiblemente insuficiente⁸⁰, lo que se explica por la circunstancia de que la teoría tradicional de la contratación tenía como premisas iniciales los elementos propios de las relaciones de justicia commutativa, en el supuesto que las partes se relacionan libremente en un pie de igualdad⁸¹, por lo que fuera de la información mínima requerida para evitar las causales de nulidad previstas en la formulación de los vicios del consentimiento o en el saneamiento por evicción o por vicios ocultos, las partes no se encontraban especialmente obligadas a proporcionar ninguna otra clase de datos, siendo obligación de los contratantes actuar con la debida diligencia, lo que conllevaba la obligación de requerir, cada parte por sus propios medios, la información adicional que pudiera ser necesaria o útil para contratar competentemente en un esquema, como se ve, primordialmente individualista y de corte liberal.

Como se sabe, la contratación desde ya algunas décadas, se ha visto afectada por una serie de fenómenos inimaginables en el siglo XIX que han alterado significativamente la forma en que las partes se relacionan y el rol que debe asumir el legislador, incluso, en materias vinculadas exclusivamente con la contratación entre particulares. Entre tales fenómenos, se

⁸⁰ Ruíz Muñoz señala en tal sentido: "Desde el plano jurídico, el arsenal defensivo tradicional - Código civil, Código de comercio y LEC- puesto a disposición de los consumidores se ha demostrado claramente insatisfactorio: autonomía privada, ineficacia contractual, vicios ocultos, responsabilidad por culpa, tutela de la propiedad, libre competencia, proceso civil, etc", Ruíz Muñoz, Miguel. 1999. "Introducción a la protección jurídica de los consumidores", en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, p. 8. Pone también de manifiesto la insuficiencia del Derecho clásico para responder por sí sólo adecuadamente a los nuevos fenómenos de la contratación Martínez de Aguirre y otros. 2000. Op. Cit., p. 374.

⁸¹ Martínez de Aguirre y otros. 2000: op. Cit., p. 311: "*El sistema jurídico codificado, fundado sobre los principios de igualdad entre los contratantes, y de libertad de regulación de los propios intereses, no logra dar respuesta adecuada a estos problemas. En efecto la igualdad y libertad que contempla son puramente formales, y aparecen desmentidas en la práctica, por la escasa intervención de la voluntad del consumidor en el establecimiento del contrato (en muchos casos se limita a firmar un clausulado que no ha leído, o no ha entendido), así como por el mayor poder que goza el profesional, que puede desembocar en un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes*". Gómez Calle: op. Cit., p. 13, por su parte expresa: "*Sin embargo, frecuentemente la igualdad entre los contratantes no es más que una pura ficción. En materia de información, es obvio que cada uno de los negociantes conoce o tiene la posibilidad de conocer más fácilmente que el otro aquellos datos que, afectando al contrato que se pretende celebrar en el futuro, le quedan más próximos, o, si se quiere, dentro de su ámbito de conocimiento y/o influencia. Esta desigualdad informativa ha ido aumentando con el paso del tiempo, a consecuencia de la mayor complejidad del tráfico jurídico y económico;*".

encuentra como el principal de todos ellos el referido a la contratación en masa⁸² del cual se han derivado a su vez una serie de otras consecuencias⁸³ que han terminado por crear las condiciones para lo que DÍEZ-PICAZO ha denominado como: “*nuevo Derecho*

⁸² En tal sentido Martínez de Aguirre y otros: op. Cit. p. 311. Por su parte Ballesteros Garrido señala: “*La producción en masa tiene como consecuencia lógica la contratación también en masa: no es posible dar salida a toda la producción negociando cada uno de los ítems individualmente, al modo tradicional...*”, Ballesteros Garrido, José Antonio. 1999. **Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, p. 25. Gete-Alonso por su parte: “*Este fenómeno de generalización y fungibilización a la hora de contratar se traduce en la contratación en masa*”, Gete-Alonso, María del Carmen. 2000. “Teoría General del Contrato”, en **Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato**. Madrid: 3^a Ed., Marcial Pons, p. 580. Debemos aclarar que la contratación en masa no es en sí misma un fenómeno negativo, sino que por el contrario ha permitido una baja sustancial de los costes de comercialización de los bienes y servicios permitiéndose el acceso de tales productos y servicios a segmentos de la población para los cuales antes se encontraban vedados. Sin embargo, en el plano estrictamente jurídico, la introducción de tal fenómeno de negocios masificados ha dado origen a una serie de nuevas figuras jurídicas, indispensables, por lo demás, para que tal prodigo comercial haya podido producirse, nos referimos a los contratos de adhesión y a las condiciones generales de la contratación herramientas que, sin lugar a dudas, deben ser valoradas como útiles e indispensables, y que han permitido el nominada sociedad de consumo. Consecuentemente el fenómeno de la contratación en masa ha supuesto la producción y comercialización en masa, llegando en nuestros días a reconocerse la existencia de empresas internacionales que poseen un patrimonio superior, incluso, al de muchas naciones, lo que ha provocado que en los hechos no exista el plano teórico de igualdad previsto en la teoría clásica de la contratación, sino que muy por el contrario lo más usual sea que los ciudadanos deban optar por contratar un bien o servicio con una gran empresa en las condiciones sólo por ella establecidas, lo que ha limitado enormemente la libertad contractual, circunstancia que se encuentra agravada en el caso de productos o servicios ofrecidos por empresas en posición monopólica u oligopólica. En similar sentido Ballesteros Garrido: ob. Cit. p. 25 y Vattier Fuenzalida: op. Cit., p. 90,

⁸³ Gete-Alonso: ob. Cit. p. 579, refiriéndose a tales fenómenos señala: “De una parte en muchos contratos la fase previa de negociación ha desaparecido; de otra, se tiende a una estandarización de todos los contratos a través del establecimiento de reglas, pretendidamente generales, que alcancen a los que pertenecen a un mismo tipo de operaciones económicas, reglas que la parte fuerte económico (grandes empresas o grupos) utilizan a la hora de contratar por la agilidad que se logra con ello”. Ruiz Muñoz: ob. Cit. p. 8, por su parte, en un sentido similar expresa: “La realidad es que a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se han ido produciendo una serie de fenómenos económico-sociales que han supuestos importantes cambios en la estructura del mercado. Así es el caso de la consolidación de la gran empresa y del consumo de masas, por un lado, como hechos de aparición anterior, y los más recientes de transformación del sector de la distribución comercial -integración vertical y horizontal-, alejamiento del sujeto responsable del daño, esto es, el fabricante, acentuado con la progresiva internacionalización de los mercados y, finalmente, la entrada en escena de diversas técnicas empresariales que dificultan la capacidad de elección del consumidor, caso de la diversificación «artificiosa» de los productos. Pues bien, todos estos cambios han supuesto básicamente una enorme expansión del mercado y un notable incremento de la complejidad del mismo. La consecuencia para el consumidor es que se ha visto desbordado en sus relaciones jurídicas de aprovisionamiento doméstico fundamentalmente por carencias informativas, hasta tal punto que se trastoca el mismo juego del mercado; y ello por la falta de un sujeto que arbitre de manera selectiva -libre- entre los diferentes oferentes, esto es, se cuestiona la denominada «soberanía del consumidor... Todo esto ha propiciado que se venga hablando en los últimos tiempos de la degradación de la posición del consumidor, pero bien entendido que lo que se quiere poner de manifiesto es sencillamente la inadecuación de los instrumentos jurídicos puestos a su alcance ante el cambio de circunstancias. La reacción por parte de los Estados con economías más desarrolladas se ha concretado en la puesta en práctica de la Política de protección del consumidor, incluida por lo general en la cláusula del Estado «social» o del «bienestar social».

de contratos"⁸⁴.

Sin embargo, debe destacarse que ha sido dentro del ámbito propio del Derecho de consumo donde el citado deber de información ha adquirido su importancia actual ya que en el área de la protección del consumidor se considera que la información juega un papel esencial; de hecho, muchos de los estudios sobre la información precontractual se enfocan desde esta perspectiva o la tienen presente⁸⁵.

Si se considera que la contratación electrónica es una especie contractual que posee, y acentuadas, todas las características enunciadas atribuidas a la contratación en masa, podremos observar que los instrumentos ideados por el ordenamiento jurídico para responder a los problemas generados por la contratación moderna deben recibir especial aplicación en la contratación masificada⁸⁶ realizada por medio de las nuevas tecnologías de la información⁸⁷.

Además de ser una contratación en masa, la contratación electrónica es por regla general una especie contractual a distancia⁸⁸. En atención a tal calidad, CENDOYA ha señalado que la

⁸⁴ Señala Díez-Picazo, Luis. 1996. Op. Cit., p. 137, que los puntos más destacados del nuevo Derecho de la Contratación, son los siguientes:

"1º Los derechos de los consumidores y usuarios pueden ser ejercitados por los propios interesados y por las asociaciones y organizaciones de consumidores...".

2º La Ley contiene una regulación de las condiciones generales de la contratación en los contratos de adhesión con los consumidores y usuarios, que establece una prohibición de las cláusulas que pueden considerarse abusivas con una expresa sanción de nulidad de las mismas y establece específicas reglas de interpretación de tales cláusulas.

3º La Ley regula lo que llama -oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios-, que debe, por supuesto, ser veraz y además ajustarse a la naturaleza, características y condiciones del producto o servicio...

4º La Ley establece, por último, un sistema de responsabilidad objetiva por los daños dimanantes de la utilización de los productos o servicios".

⁸⁵ Gómez Calle: op. Cit. p. 15.

⁸⁶ Las nuevas tecnologías de la información y, especialmente Internet, han posibilitado una dimensión de la contratación en masa desconocida hasta hace pocos años. Ello gracias a que la oferta de productos y servicios de una empresa que posee una página Web, se encuentran disponibles para los usuarios que navegan por Internet en cualquier parte del mundo, dejando en franca obsolescencia las fronteras físicas y creando lo que se ha dado por denominar la aldea global.

⁸⁷ En tal sentido señala García Rubio: "Resulta bastante frecuente que en la contratación electrónica, sobre todo a través de redes abiertas como Internet, se empleen cláusulas predisueltas por una de las partes, redactadas por ella o por un tercero, que suelen ser incorporadas a una multiplicidad de contratos celebrados por el predisponente y el adquirente de los bienes y servicios de que se trate, quien puede ser o no consumidor", García Rubio, María Paz. 2001. "La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales", en *Comercio Electrónico en Internet*. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 326.

⁸⁸ A pesar de que usualmente se trata la contratación electrónica como una clase de contratación siempre a distancia, se debe ser cauteloso, ya que la aparición y desarrollo de la firma electrónica y, en el futuro, proba-

*“necesaria información previa en la celebración del contrato debe ser minuciosa cuando se trate de contratos realizados a través de la Web por cuanto el cliente no ve por sí mismo ni al proveedor, ni el establecimiento, ni al producto”*⁸⁹.

Otra cualidad que transforma en especialmente sensible el tema de la información previa en la contratación electrónica es la denominada característica de la “*despersonalización*” de la contratación electrónica⁹⁰. Tal atributo dice relación con el hecho de que en una gran cantidad de casos los sujetos que negocian por medio de las nuevas tecnologías no se conocen, no se ven, ni se escuchan, por lo que la información que naturalmente pueden obtener es mínima⁹¹. Los efectos de la despersonalización de las relaciones negociales electrónicas son más graves aún, si se considera la dimensión internacional del comercio electrónico y, por lo tanto, la presencia de un grado de dificultad mayor cuando se trata de conseguir información sobre el proceso negocial⁹².

En Chile, si bien es cierto que nuestro Código Civil no se encuentra actualizado en estas materias, ha sido la ley N° 19.496, Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, la que ha regulado ciertos aspectos especialmente aplicables a la contratación electrónica prescribiendo en su artículo 3 que: *“Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos;”*.

blemente del documento público electrónico, podrá llevar a muchas personas a preferir el formato electrónico para la contratación, antes que los tradicionales. Por eso preferimos señalar que la contratación electrónica, es por **regla general**, una clase de contratación a distancia.

⁸⁹ Cendoya Méndez De Vigo, Juan Manuel. 2000. “La Protección de los Consumidores”, en **Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital**. Ed. Aranzadi, Pamplona, p. 137.

⁹⁰ Destaca tal característica Martínez de Aguirre, Carlos, “Las Nuevas Coordenadas del Derecho de la Contratación” en *Actualidad Civil*, 14/4, de 10 de abril de 1994, p. 252, junto a la esencialización del consentimiento contractual. Barriuso Ruiz por su parte distingue en una línea similar como características propias de contratación electrónica; la desmaterialización del documento electrónico, la esencialidad de los mensajes, la incorporeidad de las relaciones y, la aparición de transferencias y flujos de datos electrónicos, en la mayoría de los casos con efectos transfronterizos, Barriuso Ruiz, Carlos. 1998. **La Contratación Electrónica**. Madrid: Ed. Dykinson, p. 77.

⁹¹ En un proceso de negociación personalizado se obtiene una serie de información que no es necesario que se exprese en términos formales, como por ejemplo el domicilio –al menos comercial- de los contratantes, entre mucha otra información que puede ser obtenida, la que dependerá en cada caso de las condiciones particulares de cada proceso negocial.

⁹² “*El deber de información del proveedor debe hallarse contractualizado a través de las cláusulas oportunas del contrato electrónico. Las cláusulas de información, han de reflejar la identidad y las características institucionales de la entidad (algo esencial en la contratación por Internet con residentes en otros países), el objeto y efectos del contrato, los medios de pago admitidos y, por supuesto, los derechos y garantías del cliente...*”, Mateu De Ros. Op. Cit., p.50.

Por su parte el artículo 32 de la misma ley señala que la información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga, deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, sin perjuicio de que el proveedor o anunciente pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida, en tanto que el artículo 33 dispone que la información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.

Ya en el plano específico de la contratación electrónica, la misma Ley del Consumidor, en su nuevo artículo 12 A prescribe que: *“el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirllos”*, por lo que el contratante electrónico debe ser informado en términos explícitos de las condiciones de la contratación y, además, debe haber tenido la posibilidad de almacenar o imprimir tal información, de lo contrario, la sanción será, según declara el legislador, que el consentimiento no se entenderá formado y, en consecuencia, el contrato será inexistente.

Todo lo anterior, sin perjuicio, de lo establecido en la ley N.º 19.628, SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA, aplicable a los procesos de contratación en que se utilicen bases de datos, tanto por parte de entidades públicas como privadas.

Pasando al análisis de la exigencia de información previa en la contratación electrónica, pero ahora desde un plano práctico, RICO⁹³ estima que podría entenderse cumplida la exigencia legal de información previa si en la página web se insertase una pantalla de visualización obligatoria que impidiese acceder al formulario contractual sin antes pasar por aquélla, presumiéndose así que; *“el adherente tiene un conocimiento efectivo de las mismas”*⁹⁴. Abogando asimismo por la interpretación amplia del deber de información en la contratación electrónica MATEU DE ROS considera que: *“La puesta a disposición telemática de las informaciones relevantes del contrato, unida a la aquiescencia del cliente, representan justificación suficiente del cumplimiento de los deberes de información del proveedor”*⁹⁵.

En caso de contravención, además de los remedios de que dispone el afectado provenientes de la teoría general del negocio jurídico, como es el caso de la acción de nulidad o la acción por

⁹³ Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec.

⁹⁴ Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec.

⁹⁵ Mateu De Ros. Op. Cit., p. 48.

culpa *in contrahendo* existen una serie de otras acciones que podrá ejercitar derivadas de la diversa normativa que hoy regula el citado deber de información, sin embargo, muchas veces no interesará esa vía al contratante afectado por lo oneroso de tal solución y por la circunstancia de que no obstante la infracción cometida por la contraparte al contratante débil le interesará, en muchas ocasiones, perseverar en la vigencia del contrato original subsanadas las deficiencias que pudieran haberle afectado.

En el supuesto de la entrega de información falsa o inexacta, el proveedor estará infringiendo el deber consagrado en el artículo 12 de la Ley del Consumidor que dispone que todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio, incorporando al ordenamiento jurídico nacional lo que en Derecho comparado se denomina como *integración publicitaria del contrato*, principio que consiste en que todas las características y servicios ofrecidos en la información previa realizada por el comerciante se entenderán incorporadas al contrato, tal como si se tratara de condiciones incorporadas en cláusulas libremente discutidas⁹⁶.

Lo cierto que la situación antes descrita no es más que la aplicación de los principios generales del Derecho Civil: Ley del Contrato –art. 1545- y principio de la buena fe en materia contractual –art. 1546.

5. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO POR LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

Tal como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo la posibilidad de aplicación de las reglas generales del Derecho común y específicamente del de Contratos y Obligaciones no ofrece dudas. Por lo que puede afirmarse que, al igual que en la teoría general del negocio jurídico, el consentimiento se formará por la concurrencia de la oferta y de su correspondiente aceptación, todo ello de acuerdo con las reglas generales que gobiernan la contratación⁹⁷.

⁹⁶ Fernández Fredes señala comentando el citado artículo 12 de la Ley del Consumidor que: “*da cabida a lo que la doctrina llama la integración publicitaria del contrato, en cuya virtud las cláusulas contractuales deben entenderse complementadas por los anuncios y ofrecimientos publicitarios que indujeron al consumidor a contratar, debiendo el proveedor cumplir tanto con una como con los otros.*”, Fernández Fredes, Francisco. 2003. *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Santiago: Ed. Lexis Nexis, p. 20.

⁹⁷ En dicho sentido Fernández-Albor. 2001. Op. Cit., p. 266, refiriéndose a los contratos concluidos electrónicamente señala: “*El consentimiento se manifestará por medios electrónicos, pero consistirá, al igual que en cualquier fenómeno contractual, en un concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del negocio (art. 1.262, I CC)*”. En la misma línea Paz-Ares y otros. 2001. Op. Cit., p. elec., quienes refiriéndose a los contratos electrónicos señalan: “*Por lo que respecta a la fuente de regulación de la formación de estos*

Establecida la aplicabilidad de las reglas generales del Derecho común debemos, sin embargo, recalcar la necesidad de efectuar un estudio acucioso destinado a determinar la suficiencia o insuficiencia de tal normativa para responder con eficacia al fenómeno constituido por la formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información.

Una visión *a priori* del asunto evidencia la existencia de múltiples aspectos que pudieran considerarse conflictivos si se los trata de comprender de acuerdo a los criterios que han venido aplicándose a la formación del consentimiento en la teoría clásica del negocio jurídico.

Es así, como la doctrina ha puesto de manifiesto algunos aspectos especialmente sensibles en el estudio de la formación del consentimiento electrónico⁹⁸ tales como la determinación del lugar o momento del perfeccionamiento del contrato, sin embargo, como hemos podido concluir, no siempre las anunciatas dificultades se traducen en la necesidad de cambios normativos sino que en ocasiones se determina que basta ajustar la interpretación de las normas clásicas para la adecuada incorporación de los fenómenos comprendidos dentro del concepto de nuevas tecnologías de la información.

Por una razón de orden en la exposición analizaremos respecto de cada uno de los elementos necesarios para la formación del consentimiento la normativa general proveniente

contratos, hay que estar a las reglas generales previstas en el Código Civil, o que en su caso resulten aplicables (por ejemplo, Código de Comercio; las reglas relativas a la ley de ventas a distancias prevista en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista; la Ley de Crédito al Consumo; etc.)". Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec., por su parte expresa: "De acuerdo con los principios establecidos en el Código Civil, los contratos se forman cuando se presta el consentimiento de las partes, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación". También Simó Sevilla. Op. Cit., p. 415: "El punto de partida no es en principio diferente del de nuestro Código Civil: el contrato resulta del concurso de una oferta y una aceptación".

⁹⁸ Rogel Vide, Op. Cit., p. elec., enumera una serie de problemas que considera reales, en lo relativo a la formación del consentimiento electrónico, distinguiéndolos de otros que califica de aparentes, al respecto señala: "La determinación del momento de perfección del contrato es necesaria -en general- para resolver problemas como los siguientes: determinación del límite temporal del poder para revocar la oferta -si a ésta se le ha fijado plazo-, capacidad de los contratantes, especificación de la norma aplicable en el caso de modificaciones legislativas, límite de la retroactividad del contrato sometido a condición suspensiva, riesgos de la cosa objeto del negocio, determinación de precios que se establezcan en función de los existentes determinadas jornadas en determinados mercados, posibilidad o no -en fin- de rescindir contratos celebrados en fraude de acreedores.// El problema del momento de perfección puede plantearse en un mismo país en el que haya diferencias horarias -diferencias entre la Península Ibérica y las Islas Canarias o las Azores, valga por caso- y, más aún, en la contratación celebrada entre personas radicadas en países distintos, pues -al margen de la celeridad del medio de comunicación empleado- la diferencia temporal entre las declaraciones de voluntad y su conocimiento por el destinatario de las mismas puede ser de horas e, incluso, de días.// La determinación del momento de perfección del contrato -de los contratos electrónicos también- gira en torno al cuando se entienda que ha tenido lugar el acuerdo de voluntades en que el contrato consiste", Rogel Vide, Carlos. 2001. **Los Contratos Electrónicos, sus Tipos y el Momento de su Perfección.** Publicación electrónica Derecho sobre Internet, <http://derechosobreinternet.com>.

del Derecho común aplicable a la formación del consentimiento electrónico para luego referirnos a los eventuales problemas que la aplicación de tal bloque normativo puede, en su caso, generar así como también a los preceptos que han sido elaborados específicamente para la materia contractual electrónica.

5.1. La formación del consentimiento y la formación del consentimiento electrónico

Tal como hemos venido diciendo, a la formación del consentimiento electrónico, en principio, son aplicables las reglas generales provenientes del Derecho civil que informan tal materia. Al respecto, el artículo 1445 dispone que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

Sin embargo, ha de considerarse que el tratamiento que hace el Código civil del proceso formativo contractual es bastante escueto ya que ni contempla todas las formas posibles de perfeccionamiento de un contrato, ni es suficiente, en cuanto no explica lo que debe entenderse por oferta o por aceptación.

En el caso chileno, discordamos de la idea de que necesariamente haya de recurrirse al Código de Comercio para formular una teoría general para la formación del consentimiento en el ordenamiento jurídico nacional, debido a que además de ser dicho punto siempre discutido por la doctrina nacional, hoy parece más adecuado, dadas las intensas transformaciones que ha venido sufriendo el Derecho en los últimos años, seguir la tesis de DÍEZ-PICAZO⁹⁹ quien, a su vez, refiriéndose a la insuficiencia del Código civil español en la misma materia propone, para la integración e interpretación del proceso de formación del contrato recurrir a los proyectos internacionales de unificación del Derecho de contratos, entre ellos el Código de Comercio unificado –UCC- de los Estados Unidos y, especialmente, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como a los trabajos que en doctrina se han venido desarrollando con el mismo propósito en el ámbito europeo¹⁰⁰.

⁹⁹ Díez-Picazo, Luis. 1995. "La Formación del Contrato", en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, p. 6.

¹⁰⁰ Díez-Picazo al respecto expresa: "nada puede impedir (lejos de ello todo aconseja) que las normas del Convenio sean tenidas en cuenta para resolver los problemas de formación del contrato mediante oferta y aceptación, cualquiera que sea la naturaleza del contrato en cuestión", Díez-Picazo, Luis. 1995. Op. Cit., p. 6. Como lógica continuación de los trabajos de unificación del Derecho europeo de contratos hoy también deben ser considerados en la comprensión del fenómeno en estudio, los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, Unidroit -Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-, Roma 1995, así como los -Principios del Derecho Europeo de Contratos-, elaborados por la Comisión sobre Derecho contractual europeo (Commission on European Contract Law), y publicados bajo el título de; "Principios del Derecho europeo en materia de contratos, partes I y II" (Principles of European Contract Law Parts I and II, editado por Ole Lando y Hugh Beale titulado (Kluwer Law International, 2000).

Dado el claro avance de la normativa tendente a la unificación del Derecho europeo de contratos en relación a la situación del Código civil, y la innegable influencia que seguramente tendrá en el Derecho nacional en las próximas décadas, tendremos en cuenta tal normativa internacional, así como la interesante labor doctrinal –sobre todo internacional– desplegada en los últimos años, en el convencimiento que son una útil herramienta para la comprensión del fenómeno de la formación del consentimiento en el Derecho nacional, así como por la íntima convicción de que los procesos de integración comercial en los que participa nuestro país, lo llevará inexorablemente, más temprano que tarde, a la conclusión de que la pertenencia a tales bloques económicos demandará procesos de unificación de la normativa referida al derecho patrimonial, como una herramienta que facilitará el comercio y el progreso de las naciones, tal como sucede actualmente con los procesos europeos que se encuentran desarrollando para tal finalidad.

5.2. La oferta y la oferta electrónica

La oferta no se encuentra definida en el Código civil por lo que la delimitación de la noción ha sido realizada en doctrina.

En términos generales podemos afirmar que la oferta es una declaración de voluntad destinada a la formación del consentimiento para un negocio jurídico determinado buscando, para tal propósito, la aceptación de las condiciones expresadas de parte los sujetos de derecho a quienes ha sido dirigida¹⁰¹.

¹⁰¹ Albaladejo la define como: “la propuesta de contrato que una persona hace a otra”, Albaladejo, Manuel. 1997. **Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. La Obligación y el Contrato en General**. Barcelona: t. II, vol. 1º, décima edición, José María Bosch Editor, p. 384.. Para Díez-Picazo, Luis. 1996. Op. Cit., p. 283, la oferta es una: “declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que éste quedará formado si recibe la aceptación”; Ferri la entiende: “Como la declaración de una parte dirigida a una persona determinada, a cuyo través la primera manifiesta su voluntad de concluir un contrato”, Ferri, Luigi. 2001. **La Autonomía Privada**. Granada: Ed. Comares, p. 142; Flume expresa que: “La oferta es una declaración de voluntad receptiva. Se dirige a la conclusión del contrato y a la reglamentación jurídica a establecer mediante él”, Flume, Werner. Op. Cit., p. 744. Galgano señala que: “La oferta puede definirse como la declaración de una parte dirigida a una persona determinada, a cuyo través la primera manifiesta su voluntad de concluir un contrato”, Galgano. 2000. Op. Cit., p. 142: Gete-Alonso: op. Cit., p. 571, explica que la oferta: “es aquella declaración de voluntad unilateral, receptiva, mediante la que se propone la celebración de un determinado contrato a otra persona”. Lalaguna la entiende en cuanto acto jurídico como: “una declaración de voluntad destinada a formar con la concorde declaración de voluntad del destinatario el contrato cuya celebración se propone”, Lalaguna Domínguez, Enrique. 1993. **Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2º Ed., p. 120. Martínez de Aguirre y otros. 2000. Op. Cit. p. 362, siguiendo a Luna Serrano la conciben como: “una declaración de voluntad dirigida a un eventual cocontratante, o al público en general, encaminada a lograr el establecimiento del acuerdo contractual”. Para Enneccerus y Nipperdey, la oferta es: “una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato”, Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 253; Puig Brutau, señala que: “La oferta es la propo-

De las definiciones consultadas puede concluirse que los requisitos básicos de la oferta son¹⁰²:

1º Debe ser seria. Debe existir el propósito serio del oferente de vincularse contractualmente con carácter definitivo, lo que supone que la oferta debe presentarse como la propia voluntad del oferente que consiente en el negocio jurídico y consiente, asimismo, en exteriorizar su voluntad para tal propósito¹⁰³. Lo expresado se opone a otras clases de comunicaciones –incluso de carácter mercantil o jurídicas- que no tengan por objeto preciso la manifestación de voluntad con fines negociales definitivos¹⁰⁴.

Recordemos que la Convención de Viena sobre compraventa Internacional en su artículo 14 señala que la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e **indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación**¹⁰⁵.

En uno de los instrumentos, quizás más interesantes de referencia en Derecho Privado del momento, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, se señala en su artículo 2.201 que

sición que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato”, Puig Brutau. Op. Cit., p. 215. Von Thur, expresa que: “*La oferta es la declaración de voluntad receptiva por medio de la cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales, que para que éste quede cerrado basta con que el destinatario de la oferta la acepte*”, Von Thur, A.. Op. Cit., p. 134.

¹⁰² Seguimos en esta parte a Martínez Gallego, Eva María. 2000. **La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación**. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 38 y siguientes. En un sentido similar Lalaguna Domínguez, op. Cit., p. 121, señala que la oferta debe ser inequívoca, completa y vigente al momento de la aceptación. Gete-Alonso: op. Cit., p. 571, por su parte señala que debe ser completa, presentada por el propio oferente como su voluntad seria, dirigida y dada a conocer al eventual aceptante y, debe cumplir, en su caso, el requisito de forma, recordando que en principio ésta es libre. Al respecto y evidenciando la superioridad de la legislación internacional sobre la materia, la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de mercaderías prescribe en su artículo 14.2 que: “*Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario*”, realizando en términos formales la exigencia destinada a la clara determinación del carácter de oferta de contrato que la declaración de voluntad debe contener considerándola, en caso contrario, como; “*una simple invitación a hacer ofertas*”.

¹⁰³ En tal sentido Martínez de Aguirre y otros. 2000. Op. Cit., p. 362, Martínez Gallego. Op. Cit., p. 38, Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 254, Puig Brutau. Op. Cit., p. 216; Rico Carrillo. Op. Cit. p. elec.

¹⁰⁴ Díez-Picazo, Luis. 1996. Op. Cit., p. 284: “*Por esto, no son oferta las propuestas que se hagan con reservas o salvo confirmación, ni tampoco las respuestas a solicitudes que se mantienen en un campo puramente informativo. Tampoco hay oferta si, según la voluntad de las partes, el contrato sólo quedará formado cuando ambas partes suscriban un documento público o privado*”.

¹⁰⁵ Díez-Picazo comentando el citado artículo señala: “*Quedarse obligado, según los términos probablemente más precisos, significa quedar vinculado y contractualmente vinculado. Lo decisivo es que según la voluntad del oferente ya sólo tiene que haber aceptación sin que con posterioridad tenga que aparecer ninguna otra declaración de voluntad. Es el oferente quien quiere el contrato a partir simplemente de la realización o la efectividad de la aceptación*”, Díez-Picazo, Luis. 1998. **“La Formación del Contrato, en La Compraventa Internacional de Mercaderías”**. **Comentario de la Convención de Viena**. Madrid: Civitas Ediciones, p. 164.

una propuesta constituye una oferta si: “*a) se muestra la voluntad de convertirse en un contrato si la otra parte acepta;*”, expresión que contiene el requisito clásico de la seriedad, comentando tal disposición se ha dicho que: “*La existencia de esta voluntad de vinculación jurídica separa, nítidamente, los contratos de aquellos otros acuerdos que puedan haberse dejado en un campo puramente social o puramente moral*”¹⁰⁶.

2º Debe ser inequívoca. En el sentido de que no debe dar lugar a interpretaciones diversas¹⁰⁷. En la misma línea el artículo 14 de la Convención de Viena exige precisión en la oferta encargándose, además, de determinar en qué consiste la precisión exigida al señalar: “*Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos*”. La característica de la precisión se relaciona estrechamente con la exigencia de la determinación de la oferta que pasamos a ver.

3º La oferta debe ser completa o determinada¹⁰⁸, es decir, debe contener todos los elementos esenciales del futuro negocio de modo que con la simple aceptación el contrato sea perfecto¹⁰⁹.

En tal sentido la letra b) del artículo 2.201 de los PDEC¹¹⁰ prescribe que la oferta debe contener términos y cláusulas suficientes para formar un contrato.

¹⁰⁶ Díez-Picazo, Luis. Roca, Encarnación. Morales, Antonio. 2002. **Los Principios del Derecho Europeo de Contratos**. Madrid: Civitas Ediciones, p. 178.

¹⁰⁷ En tal sentido Albaladejo señala que: “*se requiere,... el tener conciencia de que éste (el negocio jurídico) tiene valor declaratorio, es decir, conciencia de que exterioriza una voluntad (negocial) (quien hace voluntariamente un signo que en el tráfico significa aceptación de una oferta, pero ignora tal significación, no manifiesta aceptar ésta)... El comportamiento en que la declaración consiste, supone, en resumen, una doble dosis de voluntad: voluntad como contenido del comportamiento (declaración de voluntad) y voluntad como causa del comportamiento (voluntad de declarar). O sea, el querer que se declara y el querer declararlo*”, Albaladejo, Manuel. 2001. Op. Cit., p. 588. En una línea similar Lalaguna Domínguez. Op. Cit. p. 121, Martínez de Aguirre y otros. 2000. Op. Cit. p. 362, Rico Carrillo. Op. Cit. p. elec.

¹⁰⁸ En tal sentido Albaladejo, Manuel. 1997. op. Cit. p. 387, Flume, Werner. op. Cit. p. 744, Lalaguna Domínguez. op. Cit. p. 122, 46, Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 253; Puig Brutau. Op. Cit., p. 216; Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec.

¹⁰⁹ En el criterio utilizado por el artículo 14 de la Convención de Viena sobre compraventa Internacional la oferta debe contener al menos la mención de *las mercaderías y; “expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”*. Comentando tal disposición Díez-Picazo, Luis. 1998. Op. Cit., p. 166, señala: “*En aras de la efectividad de los contratos, la Convención en el artículo 14, sustituye el requisito tradicional del carácter completo por el de una suficiente precisión, lo que parece querer decir que en la oferta deben encontrarse, por lo menos, como contenido mínimo, los elementos esenciales del contrato en cuestión, que como es un contrato de compraventa son la causa y el precio*”.

¹¹⁰ Principios del Derecho Europeo de Contratos.

4º La forma de la oferta en principio es libre. La manifestación de voluntad que constituye la oferta puede, en principio, exteriorizarse por cualquier medio¹¹¹.

En esta materia, según se ha dicho, rige el principio general de libertad de forma, sin embargo, como excepción podrá ser: “*exigida cierta forma para la oferta (sólo para ésta, y no para la aceptación) o para el contrato, en cuyo caso también ha de observarla la oferta*”¹¹².

Además, según hemos señalado, la oferta es una declaración de voluntad recepticia destinada por naturaleza a recabar la aceptación de otro sujeto con la finalidad de perfeccionar un negocio jurídico bilateral, de lo que se colige que será presupuesto de validez de la misma la circunstancia de que llegue efectivamente a conocimiento del destinatario de la misma¹¹³.

La oferta, como se sabe, no es una declaración de voluntad que produzca efectos perpetuamente, sino que tiene una vigencia determinada.

La vigencia de la oferta estará subordinada principalmente a la aceptación o rechazo de la misma y a la revocación que, en su caso, pueda ejercitar el oferente, como también a una serie de otras causales más específicas que no es del caso tratar con profundidad¹¹⁴.

5.2.1. En la formación del consentimiento electrónico ¿se requiere que la oferta sea necesariamente electrónica?

¹¹¹ En el mismo sentido Flume, Werner. Op. Cit., p. 744; Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 256; Puig Brutau. Op. Cit., p. 216. Martínez Gallego. Op. Cit., p. 51, reafirmando el mismo principio general, señalando como un caso de excepción a tal regla la que se produce en aquellos contratos celebrados entre un empresario y un consumidor fuera del establecimiento mercantil o en la vivienda del consumidor, en los que por disposición de la Ley 26/1991 requieren, para que la oferta sea válida, que ésta se haga por escrito, en doble ejemplar y que se acompañe con un documento que permita ejercitar al consumidor la facultad de revocar la oferta.

¹¹² Albaladejo. 1997. Op. Cit., p. 387.

¹¹³ Recordemos que lo que caracteriza a una declaración de voluntad recepticia es la circunstancia de haber sido emitidas con la finalidad de llegar a un destinatario, las cuales para ser plenamente eficaces exigen, a diferencia de las declaraciones no recepticias, que lleguen a conocimiento del destinatario de la misma. Por tal motivo si por cualquier causa la oferta no llega a conocimiento del destinatario, más que una revocación de la oferta, se habrá producido un supuesto de interrupción del proceso formativo, según señala Martínez Gallego. Op. Cit., p. 35, citando a Moreno Quesada.

¹¹⁴ Según Puig Brutau. Op. Cit., p. 224, la oferta puede terminar además de por la aceptación: “*a) Si el destinatario de la oferta la rechaza expresamente. b) Si transcurre el plazo o se cumple la condición que la misma oferta señaló como límite de su eficacia. c) Cuando fallece una persona o se destruye una cosa que se consideraron esenciales para el cumplimiento del contrato. d) Por la subsiguiente prohibición legal de celebrar el contrato. e) En el caso de que el autor de la oferta pueda revocarla. f) Por el fallecimiento del mismo oferente o por su incapacidad sobrevenida, que le impida celebrar el contrato propuesto*”. Tratan también las causales de terminación de la oferta Albaladejo, Manuel. 1997. Op. Cit., p. 388, Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 258 y siguientes, Lalaguna Domínguez. Op. Cit., p. 123 y siguientes, Martínez de Aguirre y otros. 2000. Op. Cit. p. 364.

Antes de adentrarnos en los problemas propios de la oferta contractual electrónica es necesario resolver el problema que puede plantearse en el caso de que oferta o aceptación no sean electrónicas.

Está claro que si la oferta y la aceptación se producen por cualquier medio electrónico estaremos dentro del contexto del negocio jurídico electrónico, mientras que si ambas se expresan a través de medios tradicionales nos situaremos fuera del contexto de las nuevas tecnologías, pero ¿qué sucede si sólo la oferta o sólo la aceptación es electrónica?

El problema reseñado ya ha sido tratado en doctrina¹¹⁵, a objeto de la determinación del carácter electrónico o no de un contrato, concluyéndose que si la oferta es electrónica y la aceptación no lo es, el contrato no tendrá la calidad de electrónico ya que lo esencial será que el perfeccionamiento del contrato sea electrónico y eso ocurrirá en el momento de la aceptación de la oferta.

De lo dicho puede colegirse que, en el caso contrario, esto es, cuando la oferta haya sido efectuada por medios no electrónicos pero la aceptación se hubiere realizado por tales medios podremos considerar que el consentimiento ha sido electrónico y, por tanto, el negocio o el contrato, en su caso, también¹¹⁶.

5.2.2. Algunas consideraciones especiales sobre la oferta electrónica

No toda la amplia oferta de productos y servicios a la que es posible acceder por medio de las nuevas tecnologías –principalmente vía Internet por páginas Web- puede ser considerada como una oferta de *celebrar un contrato*, en la gran mayoría de los casos nos encontraremos con ofertas comerciales –que no alcanzan a constituir oferta de celebrar contratos- sino que tendrán el carácter de publicidad o la naturaleza jurídica de invitaciones a ofrecer¹¹⁷.

¹¹⁵ Moreno Navarrete. Op. Cit. p. 36.

¹¹⁶ En tal sentido Moreno Navarrete. Op. Cit., p. 36, afirma: “*La proposición por medios electrónicos y la forma electrónica de celebración del contrato van inexcusablemente unidos. Pues si sólo apareciese la oferta electrónica (por ejemplo, anuncio televisivo de un coche con características y precio), pero el contrato se ha de concluir en la forma escrita (por ejemplo, en el concesionario oficial), el negocio no es electrónico.// No ocurre lo mismo al contrario, la celebración o forma electrónica es suficiente para que el contrato sea electrónico aunque no exista oferta electrónica. Así, la llamada telefónica para comprar un artículo visto en catálogo formato papel*”.

¹¹⁷ Al respecto Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec., señala: “Sobre la determinación de la naturaleza jurídica de las ofertas transmitidas a través de Internet, la doctrina no es pacífica, algunos consideran que no se trata de una verdadera oferta sino de un anuncio constitutivo de una -invitación a ofrecer-, como tradicionalmente han sido consideradas las ofertas al público, mientras que otro sector las considera verdaderas ofertas. En los casos del correo electrónico, la situación sobre la consideración de la oferta toma otro matiz en el entendido que las

En efecto, la exhibición de un producto o servicio unido al precio del mismo por medio de las nuevas tecnologías, especialmente vía página Web, puede asimilarse a la exhibición de un producto o servicio en una estantería la que en algunos países de *civil law* se considera oferta o propuesta; “*a condición de que sea indicado el precio: así, por ejemplo, en Francia y Suiza, en donde ha sido el propio legislador el que ha dirimido las dudas al respecto estableciendo en el art. 7 párr. 3º código de las obligaciones que <en general, vale como oferta la exposición de mercaderías con indicación de los precios>. Lo contrario sucede en el ámbito del derecho alemán e italiano, donde esa exposición no constituye sino invitación a proponer (Soergel/Wolf/Galgano)*”¹¹⁸.

Considerar la exhibición de un producto o servicio con indicación del precio como una invitación a proponer es la solución preferida tanto por los países de *common law* como por los países ex socialistas y es la conclusión que puede deducirse de la regulación realizada en el Derecho común español¹¹⁹, toda vez, que la doctrina señala en forma prácticamente unánime

ofertas formuladas a través de este medio bien pueden ser dirigidas al público, bien a una persona específica o bien a un grupo de personas determinadas. No obstante estos matices y aún en los casos de las ofertas contenidas en las páginas Web, coincidimos con el sector de la doctrina que opina que para considerar una oferta como válida en términos jurídicos basta que se cumplan los requisitos legales) tanto aquéllos de carácter general como los exigidos para cada tipología contractual, en consecuencia, cuando todos los requisitos se cumplan una oferta publicada en una página Web, o transmitida por correo electrónico -o aún utilizando otro medio de comunicación electrónica- debe considerarse como tal desde el punto de vista jurídico y obliga por tanto al oferente en los términos en ella contenidos”. Por su parte Mateo De Ros. Op. Cit., p. 55, considera que: “En principio, la oferta comercial de un proveedor de Internet, o momento de generación potencial del proceso contractual, no constituye una declaración unilateral de voluntad negocial, ni siquiera en la modalidad de declaración de la voluntad no receptiva (es decir no dirigida a una persona determinada). De la misma no debe derivarse ninguna consecuencia jurídica para el ofertante o proveedor, por vía de vinculación contractual o de responsabilidad por no revocación ni, creemos, de responsabilidad extracontractual por revocación (-culpa in contrahendo-).” En un sentido similar Paz-Ares y otros. 2001. Op. Cit., p. 64, manifiestan: “Como regla general, podemos entender que la oferta de productos y servicios en una homepage no constituye propiamente una oferta contractual, sino una simple invitación ad oferendum, que es la típica de la publicidad, y que como tal, no es vinculante (con las particularidades que en materia de consumo presenta el)”. Al respecto Sanz Viola. Op. Cit., p. 650, sostiene: “Al observar las diferentes páginas de la Red se comprueba la existencia en la práctica de modalidades muy diversas, desde la página, verdadera tienda virtual que contiene una comunicación comercial que reúne todos los requisitos de la oferta contractual, hasta la que se limita a la simple invitación al público a hacer ofertas... Ante esta variedad de prácticas comerciales es preciso, por una parte, determinar con claridad el contenido de la comunicación comercial precisando si estamos ante una verdadera oferta y, por otra, la forma de exteriorizar la aceptación, dadas las peculiaridades de este medio de comunicación”.

¹¹⁸ Ferrari. Op. Cit., p. 143.

¹¹⁹ Es necesario el proceso deductivo realizado por la doctrina para llegar a tal conclusión dado lo escueto de las disposiciones del Código civil que se refieren a la materia. Para que pueda entenderse que la sola exhibición de un producto con indicación del precio constituye oferta contractual debe establecerlo así la Ley en términos explícitos, como sucede en el caso de Francia y Suiza, de lo contrario se deben exigir todos los requisitos que doctrina y jurisprudencia, como exigencias de lógica jurídica, han sistematizado como necesarios para la existencia y validez de la voluntad negocial.

que la oferta debe contener la conciencia seria de la voluntad del declarante de querer obligarse contractualmente con carácter definitivo¹²⁰.

Si tal conciencia seria no se evidencia de manera clara no cabe por medio de la interpretación o la analogía atribuir el carácter de *oferta de celebrar un contrato* a la exhibición de determinadas mercaderías y servicios con indicación del precio y, por tanto, conceder a tal declaración de voluntad las consecuencias jurídicas atribuidas por la Ley a aquella voluntad capaz de conformar un negocio jurídico¹²¹.

En el mismo sentido evidenciado por las reglas generales que se deducen del Derecho civil español, la Convención de Viena sobre compraventa Internacional de mercaderías, en su artículo 14.2 exige términos explícitos a la voluntad que quiera ser considerada oferta de contratar al disponer: *“Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”*.

Respecto de, precisamente, los requisitos que deben exigirse a la oferta electrónica también deberemos entender que, la voluntad expresada a través de las nuevas tecnologías de la información, como voluntad que es, deberá cumplir los mismos requisitos que cualquier otra oferta negocial.

Es así, como en este caso la oferta deberá ser completa y contener todos los elementos necesarios para entender perfeccionado el negocio con la sola declaración de voluntad del aceptante¹²².

Como bien advierte MATEU DE ROS¹²³, en ningún caso, las advertencias legales o los

¹²⁰ En tal sentido Albaladejo. 2001. Op. Cit., p. 588, Martínez de Aguirre y otros. 2000. Op. Cit., p. 362, Martínez Gallego. Op. Cit., p. 38, Enneccerus y Nipperdey. Op. Cit., p. 254, Puig Brutau. Op. Cit., p. 216, Rico Carrillo. Op. Cit., p. elec.

¹²¹ El nacimiento de obligaciones contractuales se explica por la expresión de una voluntad capaz de generar tales obligaciones y, en ningún caso, tales obligaciones pueden surgir en virtud una interpretación que no respete la genuina voluntad del declarante.

¹²² Para que la oferta electrónica sea vinculante, según Mateu De Ros. Op. Cit., p. 55: “*es necesario que la misma contenga un precio, un plazo (o que se declare a si misma indefinida) y los demás elementos esenciales del contrato*”. Afirmación que respalda el artículo 14 de la Convención de Viena de 14 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventas internacionales de mercaderías al prescribir que; *“la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa...”*.

¹²³ Mateu De Ros. Op. Cit., p. 53, al respecto afirma: “*Ahora bien, en ningún caso, las advertencias legales o los “disclaimers”, por importantes que sean, pueden suplir el contenido del contrato “on line”. Si el negocio jurídico está huérfano de reglamentación contractual expresa y unitaria, su validez puede ser discutida y su interpretación dar pie a conflictos de difícil resolución*”.

“*disclaimers*” o hiperenlaces, por importantes que sean, podrán suplir el contenido del contrato *on line*”, el que, al igual que en cualquier oferta, deberá estar suficientemente determinado para que con la sola aceptación pueda entenderse perfeccionado el negocio jurídico.

5.2.2.1. La oferta electrónica y la publicidad

Ley N.º 19.496, del Consumidor define lo que debe entenderse por Publicidad en el número 4º del artículo 1, al señalar que ésta es la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio.

Como se sabe, uno de los derechos básicos del consumidor es la prerrogativa que éste tiene, garantizada por ley, a ser bien informado. Es por esto que el artículo 28 contiene las conductas que son consideradas publicidad falsa o engañosa¹²⁴ y el artículo 24 inciso 2º, de la misma ley contiene las sanciones en caso de infracción al disponer que la publicidad falsa difundida por medios masivos de comunicación que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o seguridad de la población o el medio ambiente, hará incurrir al anunciantre infractor en una multa de hasta 200 unidades tributarias mensuales¹²⁵.

Entrando ya al tema preciso de la publicidad y la oferta, una de las hipótesis existentes en el caso de que una determinada comunicación o declaración de voluntad no alcance a constituir *oferta de contratar* es que se trate simplemente de publicidad, la que no obstante su propia naturaleza, en el caso de que un contrato llegue a perfeccionarse puede generar importantes

¹²⁴ Artículo 28.- Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de:
a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;
b) La idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciantre;
c) Las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciantre o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;
d) El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes;
e) Las condiciones en que opera la garantía, y
f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser recicitable o reutilizable.

¹²⁵ Continúa el mismo artículo señalado que el juez, en caso de reincidencia, podrá elevar las multas al doble. Se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario. Para la aplicación de las multas el Tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado y las facultades económicas del infractor. El artículo 31, por su parte, señala que en las denuncias que se formulen por publicidad falsa, el tribunal de oficio o a petición de parte, podrá disponer la suspensión de las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten. Podrá, asimismo, exigir al anunciantre que, a su propia costa, realice la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar errores o falsedades.

consecuencias atribuidas por la ley tendentes a la protección del contratante más débil.

De tal modo que, aunque no en el Código Civil como sería deseable, sino en el artículo 12 de la Ley de Protección al Consumidor se prescribe que: *“Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”*, consagrando lo que se ha denominado la integración publicitaria del contrato, principio que consiste, según hemos dicho, en que todas las características de un bien o servicio ofrecidas por medio de la publicidad son plenamente exigibles por el destinatario de tal anuncio tal como si cada una de los elementos que han conformado la información publicitaria sean, en definitiva, consideradas como un cláusula más del contrato entre las partes¹²⁶.

Con todo, debe considerarse que el denominado principio de integración publicitaria del contrato si bien corresponde, en cuanto conceptualización, a una novedad del Derecho de Consumo, no es más que una aplicación del principio de la buena fe contractual derivada del artículo 1.546 del Código civil¹²⁷, de modo que aún no encontrándose dentro del ámbito del Derecho de Consumo serán, en principio, exigibles las cualidades atribuidas por el oferente al producto o servicio en la publicidad que ha motivado la celebración del contrato.

De ese modo, la responsabilidad por la información falsa entregada fuera del ámbito del consumo en su publicidad podrá, teóricamente, ser perseguida civilmente en virtud de la regulación de los vicios del consentimiento; error o dolo, o en su defecto por vía de una demanda de indemnización de perjuicios por culpa *in contrahendo*, claro que para ello será necesario cumplir todos los requisitos exigidos por la ley para accionar por tal vía.

Sin embargo, la disposición comentada de la Ley del Consumidor otorga la ventaja de advertir al juez, en términos explícitos, que debe investigar el contenido del contrato más allá del formulario que se le ha hecho suscribir al consumidor, y que el proveedor deberá responder –teoría de la responsabilidad– de toda información maliciosa o culpablemente publicitada que haya podido influir en la decisión de consumo.

¹²⁶ Como ya se ha dicho en el ámbito nacional también Fernández Fredes lo denomina de igual modo. Fernández Fredes. Op. Cit., p. 20.

¹²⁷ Al respecto Díez-Picazo. 1996. Op. Cit., p. 362, explicando el alcance general de la exigencia de buena fe en materia contractual señala: *“La buena fe aludida en el art. 1.258 CC es un estándar jurídico. Es un modelo de conducta social o la conducta que la conciencia social exige como necesaria en virtud de un imperativo ético dado. La buena fe es una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles entre las partes contratantes, de acuerdo con el tipo de contrato y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes. Así, se ha señalado que el cedente o vendedor de una empresa o establecimiento mercantil tiene en virtud de la buena fe, aunque nada se haya establecido expresamente en el contrato, la obligación de no hacer concurrencia al cesionario durante un cierto tiempo”*.

5.2.2.2. La oferta y la normativa sobre comercio electrónico

En nuestro país, lo que podríamos denominar, propiamente dicho, Normativa sobre Comercio Electrónico, es muy incipiente y, a lo menos desde la perspectiva del Derecho Privado puede considerarse reducida a la Ley N.º 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación y, en algún sentido, a las leyes N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y N.º 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

La Ley N.º 19.799, sobre Documentos Electrónicos, no contiene directamente disposiciones que se pudieran considerar vinculadas al tema de la oferta electrónica, al contrario de lo que sucede en Europa, en donde la normativa sobre comercio electrónico sí las contiene. Es así como el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico impone a los servicios de la sociedad de la información la obligación de suministrar información relativa a los precios de sus bienes o servicios ofertados; *“claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular, si están incluidos los impuestos y gastos de envío”*.

Por su parte el artículo 6 de la misma Directiva, exige que las comunicaciones comerciales sean claramente identificables como tales y, además, sea manifiestamente identificable la persona que la emite. Las ofertas, concursos y juegos promocionales además de deber ser, también, claramente identificables como tales, deben ser fácilmente accesibles y presentadas de manera clara e inequívoca. Todas estas directrices deben, según señala el considerando 29 de la Directiva sobre Comercio Electrónico, entenderse sin perjuicio de las Directivas existentes sobre comunicaciones comerciales y especialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en las Directivas; 97/7/CE Sobre Protección de Consumidores en Materia de Contratos a Distancia y Directiva 98/43/CE ¹²⁸.

De la comparación de nuestra Ley N.º 19.799, sobre Documentos Electrónicos, y la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico puede concluirse la falta de una normativa, en el ámbito nacional, que aborde desde una perspectiva amplia el tema del comercio electrónico en nuestro país, excediendo los límites muy precisos de nuestra ley de firma electrónica, en donde se pudiera verter el trabajo que ha venido realizando en los últimos años el Gobierno de Chile –a través del proyecto Agenda Digital¹²⁹ – por el que se pretende impulsar las nuevas tecnologías, en el entendido que conforman un elemento importantísimo que puede

¹²⁸ Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, adoptadas en el marco del mercado interior.

¹²⁹ Puede verse el proyecto en www.agendadigital.cl.

ayudar al país a alcanzar los estándares de desarrollo al que aspira toda la comunidad nacional.

5.2.2.3. La oferta electrónica y la normativa sobre protección del consumidor

Nuestra Ley N.º 19.496, del Consumidor, protege al consumidor, en lo que se refiere a la oferta a través de la regulación de la publicidad y de la delimitación de la INFORMACIÓN BÁSICA COMERCIAL, la que, según su propia nomenclatura, son los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.

De tal modo que nuestra Ley del Consumidor, contiene dos aspectos que configuran la protección de la oferta electrónica en materia de consumo: por una parte la exigencia de la denominada Información básica comercial y; por la otra, la regulación de la publicidad falsa o engañosa.

Si bien es cierto los conceptos de publicidad e información comercial se encuentran relacionados, también lo es que pueden distinguirse entre ambos claras diferencias. Entre ellas, pueden señalarse¹³⁰, que la información comercial es o debe ser objetiva, es neutra, en cuanto debe informar sobre aquello y en la forma señalada por la ley y, finalmente, es obligatoria, puesto que es impuesta y exigida por la Ley.

La publicidad en tanto, posee por su propia naturaleza, componentes subjetivos en su tarea de persuasión, es interesada, puesto que busca vender un bien o servicio buscando claramente ánimo de lucro y, es voluntaria, en cuanto cada sujeto decide si recurre a ella como elemento de venta¹³¹.

Fuera de las prescripciones relativas a la publicidad, a la que ya nos hemos referido, y ya en el plano de la información comercial concreta, el artículo 32 de la Ley del Consumidor, señala que la información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga, deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país.

El artículo 33 de la misma Ley, por su parte, exige que la información que se consigne en

¹³⁰ Seguimos en esta parte Fernández Fredes. 2003. Op. Cit., p. 51.

¹³¹ Lo que no obsta, según hemos visto, que una vez realizada esté sujeta a ciertas restricciones que buscan la protección del consumidor.

los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor. Expresiones tales como «garantizado» y «garantía», sólo podrán ser consignadas cuando se señale en qué consisten y la forma en que el consumidor pueda hacerlas efectivas.

También la Ley del Consumidor, según hemos dicho, en su artículo 12 A, refiriéndose específicamente a las hipótesis de contratación electrónica, prescribe que: *“el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlas”*, por lo que, en lo que a la oferta electrónica se refiere, ésta debe contener información comprensible e inequívoca de las condiciones generales de las mismas y además, debe permitir al contrato electrónico la posibilidad de almacenar o, al menos, imprimir tales datos.

6. CONCLUSIONES

No existe inconveniente técnico o jurídico que obstaculice la manifestación de la voluntad por medio de las nuevas tecnologías de la información, sin embargo, los rasgos excepcionales de tales tecnologías ameritan el estudio de los diversos medios de transmisión electrónica de la voluntad y sus consecuencias a la luz de la teoría tradicional de obligaciones y contratos.

La forma electrónica del negocio jurídico debe entenderse admitida como cualquier otro modo válido de expresión de voluntad en virtud del principio de libertad de forma consagrado en diversas disposiciones del Código civil y de la incipiente normativa especializada elaborada específicamente para la regulación del contrato electrónico que consagra el principio de validez y eficacia de la forma electrónica.

En principio, la voluntad puede manifestarse electrónicamente de manera expresa, tácita y presunta. El silencio en el caso de la declaración de voluntad por medio de las nuevas tecnologías no ofrece novedad respecto a lo que se ha dicho tradicionalmente en la teoría del negocio jurídico, toda vez que se trata precisamente de la no exteriorización de voluntad por actos positivos, y es de la esencia del silencio la no transmisión de ningún mensaje en términos explícitos, siendo indiferente el medio en el que se mantenga el silencio. Sin embargo, tanto en Chile como en el extranjero, comienza a desarrollarse una normativa especialmente formulada para el comercio electrónico que limita los efectos que se le puede asignar –contractualmente– al silencio en esta especie contractual, todo lo cual parece de sobra justificado, si se considera que la contratación es un proceso que se desarrolla a distancia –al menos física no virtual– y masivamente, la mayor parte de las veces por medio de condiciones generales de la contratación, que pueden producir fácilmente un desequilibrio en las condiciones de contratación de las partes contratantes.

En lo que respecta a la oferta electrónica ésta debe cumplir todos los requisitos que han sido formulados tradicionalmente en doctrina para tal elemento de la formación del consentimiento, en tal sentido, no se detectan mayores diferencias con la regulación clásica de la formación del consentimiento. En todo lo que no se encuentra especialmente reglamentado, mantienen plena vigencia las disposiciones contenidas en el Derecho Privado sobre la materia.

Con todo, y comparando la situación existente en Chile con la existentes en otros ordenamientos jurídicos, pareciera necesario avanzar hacia una legislación especializada en contratación electrónica, tal como ha ocurrido en Europa con la Directiva 2000/31/Ce, de 8 de Junio de 2000, Relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en Particular el Comercio Electrónico y las leyes en cada país de la Unión Europea han transpuesto la mencionada Directiva, bloque normativo que excede largamente los objetivos alcanzados por el legislador chileno con la legislación existente actualmente aplicable a la materia.

En tal sentido, puede señalarse que se entiende que la mencionada Directiva tiene un doble propósito: por una parte estimular el comercio electrónico y por la otra colaborar en la protección del contratante electrónico frente a las nuevas tecnologías de la información, en tal sentido, en su considerando segundo expresa que el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información: *“ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, ...”*, sino que también, como expresa la Directiva en su epígrafe, regula *“determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información”*, entre los cuales se encuentran algunos que se traducen en el perfeccionamiento de la tutela jurídica que la normativa comunitaria otorga al consumidor. Como prueba del perfeccionamiento del nivel de tutela jurídica que la Directiva en ocasiones ofrece al consumidor, es posible encontrar en varias de sus artículos disposiciones en dicho sentido, como cuando al determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información, prescribe que el control de los servicios debe hacerse en el origen de la actividad *“para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales...”*¹³²; o cuando fija las obligaciones que deben ser respetadas por las comunicaciones comerciales en la sociedad de la información, e indica que todo ello se exige *en beneficio del consumidor*¹³³; como también,

¹³² Considerando vigésimo segundo de la Directiva.

¹³³ Así el Considerando vigésimo noveno señala: *“En interés de los consumidores y en beneficio de la lealtad de las transacciones, las comunicaciones comerciales –incluidas las rebajas, ofertas y concursos o juegos promocionales- deben respetar algunas obligaciones en cuanto a su transparencia”*. Dichas obligaciones se encuentran formuladas en la sección 2 de la Directiva, artículos 6 y 7.

finalmente, al establecer normas sobre transparencia de los precios ¹³⁴, entre muchas otras materias reguladas orgánicamente.

¹³⁴ N° 2 del artículo 5.