

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Luis Manuel Méjan Carrer

*Sumario: I. Introducción; II. Concepto del Consentimiento;
III. La contratación por medios electrónicos; IV. Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Un amigo mío comentaba mitad en broma, mitad en serio, que se hallaba alarmado por el atropello al lenguaje que suponía, la siguiente frase que escuchó a algún abogado cuando trabajábamos juntos en un importante proyecto jurídico: «Te voy a “faxear” el *draft* del contrato que preparé en mi *laptop*». Ciertamente hay una agresión monumental al lenguaje en tal frase, pero también revela que algo ha cambiado en el mundo del Derecho.

Permítanme poner tres ejemplos:

Uno: Un día recibí en mi fax un documento en el que me ofrecían diversos rollos de papel y otros materiales para la debida operación del fax.

Como me interesó, respondí, con otro fax, al teléfono indicado seleccionando alguno de los artículos deseados e indicando el número de mi tarjeta de crédito al que debía cargarse el importe adecuado. Dentro de las 48 horas indicadas, recibí el producto y encontré en mi tarjeta de crédito el cargo correspondiente.

Dos: Poco después, mi hijo de 13 años tomó el teléfono, llamó a nuestro sistema de televisión por señal y ordenó que a dicha señal se incorporara uno de los canales que tienen un costo adicional. Dio el número de contrato y casi simultáneamente recibimos una señal televisiva por la que yo tendría que pagar una cantidad mensualmente.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Tres: Y ya que hablamos de televisión, ésta ofrece al gran público un sistema llamado de «telemercadeo», mediante el cual se ofrecen productos por dicho medio. Las personas interesadas llaman, dan unos datos asociados a una tarjeta de crédito, la empresa le proporciona un número clave de operación y a los pocos días el producto aparece en el domicilio y el cargo en el estado de cuenta de la tarjeta.

De esas experiencias, los ojos de un abogado pueden deducir que se dieron varios fenómenos jurídicos: hubo una policitación y una aceptación, en consecuencia, se celebró un contrato de compraventa o de prestación de servicios, asimismo se dieron actos de disposición de crédito que una institución bancaria me tiene abierto para usarlo a través de la tarjeta de crédito. Esa disposición fue usada como medio de pago de la obligación que contraí.

Ahora bien, ¿con quién celebré el contrato?, ¿me aseguré de estar tratando con un representante facultado, o al menos un factor o dependiente del policitante? El oferente, ¿sabía a quién le hacía la oferta; sabía si yo actuaba como persona física o como socio de un despacho o funcionario de una empresa?, ¿cómo pudo saber el Banco que efectivamente yo había dado mi consentimiento para realizar el cargo?

¿Fue válido el contrato celebrado por un menor?, ¿sabía la empresa televisiva que quien le hablaba era la persona con la que tenía celebrado un contrato de prestación de servicios?

Creo que nadie duda que efectivamente fueron celebrados varios actos jurídicos que requieren la participación consensual de las partes, pero todos los esquemas tradicionales de nuestro concepto de la formación del acto jurídico han quedado rotos.

La realidad tecnológica que vivimos nos indica que debemos revisar nuestros conceptos. No sólo los legislativos; es muy fácil resolver los problemas de adaptación del derecho modificando la ley, sino los conceptos en sí: el Derecho en sí.

Recuérdese que el Derecho es la regulación de un comportamiento humano en sociedad para facilitar estas relaciones y la convivencia. Cuando en esta convivencia se dan fenómenos nuevos, desconocidos hasta entonces, el Derecho debe elaborar los conceptos adecuados que permitan el desarrollo de los mismos con justicia y seguridad.

Con esa pretensión abordamos aquí el tema.

II. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO

1. La Participación de la Voluntad en los Actos Jurídicos

El consentimiento es un elemento esencial de un género de fenómenos jurídicos. Analicemos cómo juega la voluntad en la producción de fenómenos jurídicos.

Hay una serie de fenómenos que tienen consecuencias de derecho y en los que la voluntad de ser humano no ha intervenido para nada; tales son los fenómenos de la naturaleza: un terremoto que destruye una casa arrendada imposibilita al arrendador para facilitar el uso de la finca y faculta al arrendatario para cesar en su obligación de pagar el alquiler; la doctrina asimila a éstos el acto de autoridad o *acto del príncipe*: la **Ley de Armas** que prohibió el comercio de éstas imposibilitó a los armeros el cumplir con sus compromisos de ventas y compras celebrados al momento de aparecer la ley.

Hay, sin embargo, otra serie de fenómenos con consecuencias jurídicas en donde interviene la volición del ser humano.

Cuando el hombre actúa es porque quiere la conducta que realiza, o porque quiere los efectos jurídicos de la misma, o porque quiere ambas. El obrar del hombre, salvo que se trate de fenómenos meramente internos en la conciencia de éste, produce siempre efectos jurídicos, o bien despliega conductas –al parecer sin consecuencias jurídicas– pero que son la realización de un derecho que le asiste. El individuo que conduce

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

un automóvil está ejercitando su derecho de circular, su derecho de usar la cosa que le pertenece, está cumpliendo las normas de tránsito, está cumpliendo las leyes fiscales puesto que cubrió las obligaciones administrativas derivadas de la adquisición y uso de un vehículo. Cualquier conducta humana, por rutinaria que sea, es una constatación de que se vive en un mundo jurídico.

En otras ocasiones despliega conductas en las que éstas son deseadas aunque no se toma conciencia de las consecuencias jurídicas que pueden sobrevenir. Tal es el caso de una conducta imprudencial o incluso de un delito.

Así, el individuo que tiene relaciones sexuales tendrá una responsabilidad de derecho si un nuevo ser cobra vida como resultado de la relación. El individuo que almacena sustancias inflamables o explosivas podrá resultar responsable de daños a terceros. El delincuente será responsable de la pena por la falta cometida y, además, responderá de daños y perjuicios que no imaginó ni deseó al cometer un crimen.

En todos estos casos es evidente que el ser humano ha consentido en una conducta que tiene efectos jurídicos.

Por último, hay ocasiones en que el individuo busca no sólo desplegar una conducta sino que además busca todas las consecuencias de derecho que devienen de esa conducta. Es el acto jurídico por excelencia: la conducta va encaminada a producir precisamente consecuencias jurídicas. El delito premeditado, el testamento y el contrato son las muestras clásicas de estos actos.

Aquí es donde centramos el tema que nos ocupa. Para que un individuo que lo desea, produzca consecuencias jurídicas, debe consentirlo.

El consentimiento es un acto volitivo del ser humano. Nace de lo más íntimo de su conciencia, es una decisión, es una sentencia dictada después de haber considerado, en mayor o menor medida, las circunstancias de la decisión.

En el delito cuando es intencionado, premeditado, aun cuando se desean los efectos jurídicos, ciertamente no se desean, aunque se aceptan, las consecuencias sancionadoras de la conducta; se sabe que puede haber una pena de privación de libertad, de resarcimiento de daños y perjuicios. La posición del delincuente es de esperanza de no sufrir, de que no se realicen tales efectos.

Por contra, en los demás actos jurídicos, el hombre participa en un acto de total creatividad.

En el acto jurídico unilateral –testamento–, el mundo jurídico se modifica gracias a la voluntad de un solo individuo; nuevos derechos y obligaciones nacerán para varios de su sola voluntad.

En el acto jurídico bilateral –contrato–, el consentimiento es el acuerdo de concurrir con la voluntad de otra parte. Es la aceptación de unas condiciones propuestas por o negociadas con el otro. El mundo jurídico será distinto después de tal convención.

2. La Forma del Consentimiento

Como el *consentimiento* es un acto volitivo interno del individuo, es menester que esa voluntad de celebrar un acto con efectos jurídicos se exteriorice.

El Derecho es una disciplina de convivencia entre los hombres y como tal, es importante que lo que uno quiere sea conocido principalmente por la contraparte con la que celebra un contrato y también por los terceros que pueden verse involucrados aunque sea al menos para respetar, como sujeto pasivo universal, las obligaciones y derechos que han surgido del querer de las partes y que han puesto, por ese querer, en el mundo de lo jurídico.

Es por eso que el consentimiento no sólo debe existir sino que debe ser *manifestado*.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Hay otra razón importante a analizar cuando hablamos de la manifestación del consentimiento: el ser humano siempre ha rodeado los actos importantes de su vida de ritos y formas que han llegado a hacerse tanto o más importantes que el acto mismo.

Pienso que ahí está la explicación de la aparición de la solemnidad en los actos jurídicos. Éstos sólo pueden existir, esto es, tener vida en el mundo jurídico, si son otorgados con las formas prescritas. Así aparece en el Derecho Romano: *ex pacto nudo actio non nascitur*, por lo cual se rodearon los actos jurídicos de ritos que daban solemnidad a los actos jurídicos: el uso de la *Libri pens*, la *manus injectio*, la pregunta *Spondesne?* y su respuesta *Spondeo*, etcétera.

La forma del consentimiento nace pues de esa necesidad puesta por la psicología social de ritualizar los actos trascendentes, como solemnidad, como requisito de existencia del acto jurídico.

La solemnidad, además de ser el rito socialmente aceptado, permite dejar huella y constancia de lo celebrado y fuerza a las partes a reflexionar cuidadosamente antes de celebrar el acto jurídico; sin embargo produce una inversión axiológica grave: la forma se hace más importante que el contenido. No importa que las partes lo hayan querido: como no lo expresaron con la solemnidad adecuada, su voluntad nada cuenta, el mundo jurídico no se ha movido.

En la Edad Media, el Derecho Canónico da paso al fenómeno inverso: el *Consensualismo*. La frase se reexpresa: *Ex nudo pacto, actio oritur*. Ello se debe a la lógica interpretación hecha por los canonistas del valor de los compromisos tomados por el individuo como un deber de conciencia y como un compromiso tomado ante Dios.

La escuela de los glosadores y post-glosadores, dados a la tarea de analizar los principios e instituciones del Derecho Romano a la luz del Derecho Canónico, mantuvieron el principio consensualista. Así llega el mundo jurídico al **Código de Napoleón**.

De aquí surgen dos controversias clásicas: una de forma, otra de interpretación.

La primera controversia ha desembocado en la admisión de determinadas formalidades, en determinados contratos, con una finalidad *ad probationem*, más que *ad solemnitatem*. La formalidad, cuando es exigida, se convierte en un requisito de validez, no de existencia. Su falta produce una nulidad relativa que puede ser convalidada, pues la parte que está cumpliendo o dispuesta a cumplir, tiene una acción para elevar el acto jurídico a la formalidad prescrita.

Ése es el esquema que siguen, con mayores o menores variantes, nuestros códigos en la actualidad.

Tal sistema ecléctico no excluye la incorporación de los llamados *contratos reales* en los que la entrega de una cosa es requisito indispensable para que el contrato nazca a la vida. No se entiende, por ejemplo, un contrato de depósito o uno de prenda, sin la entrega de la cosa. La vida moderna, sin embargo, ha empezado a introducir variantes incluso en estos contratos; así vemos prendas sin desplazamientos y depósitos meramente virtuales que son más bien *registros*.

El problema de interpretación es la disyuntiva entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Entre lo que las partes realmente quisieron (fuero interno) y lo que expresaron (manifestación externa). ¿Cómo resolver si existe conflicto entre una y otra?

Un sistema de solemnidades no duda en inclinarse por la voluntad declarada. Un sistema consensualista lo hace en favor de la voluntad interna. ¿Qué hacer cuando se han adoptado sistemas eclécticos?

El problema es de equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. En el caso de nuestros códigos hay una serie de normas de interpretación que combinan los criterios a fin de lograr asimismo en el método de interpretación de una ecléctis.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Nuestra vida moderna nos está llevando por caminos curiosos alrededor de estos fenómenos de las formalidades. Ya veíamos cómo contratos típicamente reales se empiezan a celebrar sin entregas reales de los bienes que forman la materia del contrato. Por otro lado, si bien tenemos códigos que se proclaman consensualistas, lo cierto es que estamos viviendo un fuerte renacimiento de las formalidades.

Si analizamos los contratos típicos regulados por nuestros códigos encontraremos que en prácticamente todos hay una exigencia de formalidad.

Por otro lado, diversas legislaciones han empezado a imponer formalidades adicionales. Por ejemplo: hay determinadas transacciones con acciones que deben ser inscritas en determinado registro, hay contratos que, para surtir efectos frente a terceros, deben inscribirse en un Registro Público; la ausencia de dichos registros o nulifican el contrato o por lo menos hacen que la plenitud de resultados buscados por las partes se vea limitada.

Las leyes de protección al consumidor han impuesto una serie de diversas formalidades a incluir en los contratos so pena de diversos tipos de nulidad. Algunos Estados, en los Estados Unidos, regulan incluso el tipo de letra que debe usarse en los contratos, el uso de tecnicismos, el hacer aparecer en ventanas especiales determinadas informaciones.

En materia fiscal encontramos restricciones formales similares, ¿no tienen los documentos con propósitos fiscales que llevar diversos requisitos de forma, so pena de ser nulos, al menos para efectos fiscales?

Una de las aportaciones torales en la historia de las formalidades de los actos jurídicos, ha sido la creación del concepto *documento*. Éste es uno de esos conceptos que fácilmente son entendidos por los juristas pero que a la hora de someter a la prueba de ácido su definición, resulta no ser tan sencillo.

Sin caer en un análisis de las diferentes posturas que doctrinalmente se han desarrollado en este tema y, sobre todo, enfocadas al problema procesal de la prueba, cabe decir que el término *documento* refiere a un medio determinado que contiene un mensaje de trascendencia jurídica, esto es, que refiere a la existencia de derechos y obligaciones.

Cuando no existía la escritura, los hombres dejaban constancia de sus actos jurídicos a través de solemnidades, de ritos. Con la aparición de la escritura, el mundo jurídico ha hecho prácticamente indispensable el que cuando hay una producción de efectos jurídicos éstos consten en un *documento* («Papelito habla», dice un viejo refrán).

Alrededor del término *documento* se han introducido, en la historia jurídica, una enorme cantidad de variedades y de instituciones: documentos privados, documentos públicos, testamentos ológrafos, firma autógrafa, comparecencia de testigos, redacción por un perito, uso de papel sellado, protocolos cerrados, actas, minutas, pólizas, libros encuadernados, libros sellados, copias certificadas, impresión de huellas digitales, etcétera, etcétera, etcétera.

Quizá el desarrollo más importante del concepto *documento* lo haya sido el *Título de Crédito*, pues revela el paso final del formalismo del consentimiento: en los títulos valor, gracias a los conceptos de *literalidad*, *abstracción*, *autonomía* e *incorporación*, el documento no *consigna* derechos y obligaciones, el documento *es* los derechos y obligaciones.

Hoy en día la tecnología humana ha desarrollado un nuevo avance, tan trascendente como la escritura, tan importante como el Título de Crédito: la *electrónica*.

No demos definiciones de la misma; al igual que con el concepto de documento nos engolosinaríamos con definiciones y divisiones que darían profundidad a la materia, pero que podemos saltar para llegar al *quid*.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La electrónica, computación y medios de comunicación, proveen la posibilidad de permitir la manifestación del consentimiento (al igual que la voz, los gestos, la escritura), de comunicar tal consentimiento (al igual que los mensajeros, el correo, el teléfono y el telégrafo), de consignar y registrar los contenidos obligacionales de los actos jurídicos (al igual que los escritos públicos y privados) y por último (al igual que los títulos de crédito), pueden convertirse en el acto jurídico.

¿Cómo incorporar al Derecho estas posibilidades de manifestación, comunicación, registro e incorporación del consentimiento jurídico, logrados a través de impulsos y registros electrónicos, de microondas, de fibras ópticas, de comunicación digital?

Ciertamente nuestras leyes poco dicen al respecto; algo intuyen que nos permite hacer valoraciones al respecto. Según veremos adelante, podrían redactarse articulados y códigos complejos al respecto. Pero, como dije antes, no basta legislar, eso resuelve el problema pragmático; es menester que el jurista *reflexione* en la médula de las circunstancias. Los cambios legislativos y jurisprudenciales deberán ser la consecuencia de esa reflexión.

3. La Regulación de la Formación del Consentimiento

Hoy en día, en nuestra legislación, tenemos tres grupos de normas que regulan este fenómeno:

a) Las del Código Civil.

Basado fundamentalmente en la tradición del **Código de Napoleón**:

- Consagra un sistema consensualista (artículos 1796-1832).
- Establece como causa de invalidez la falta de forma.
- Otorga una acción para lograr el otorgamiento de la forma.

— Admite la posibilidad de consentimiento expreso y tácito:

–Expreso: verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

–Tácito: resulta de hechos que lo presupongan (1803, ver 1723 y 1712 Jal).

— Para la formación del consentimiento en el caso de la policitación adopta el sistema de la recepción (1807).

— Trata a los contratos por teléfono como si fueran hechos en persona (1805).

— Admite la contratación por telégrafo mediante un contrato normativo previo (1811, ver 1730 Jal).

— Consagra como rúbrica de la manifestación del consentimiento la firma autógrafa (1834).

b) Las del Código de Comercio.

—Consagra un sistema consensualista (artículo 78).

—Para la formación del consentimiento en el caso de la policitación adopta el sistema de la *expedición* (artículo 80).

— Admite la contratación por telégrafo mediante un contrato normativo previo.

— Impone la obligación de conservar originales de cartas, telegramas o documentos que consignen contratos, convenios o compromisos (artículo 49). Otros documentos pueden ser conservados en cualquier medio, incluso electrónico (artículo 48).

c) Las de la Legislación Financiera.

Esta legislación es la primera que regula la celebración de actos jurídicos por medios electrónicos.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

A dicha regulación consagran **las Leyes de Instituciones de Crédito y del Mercado de Valores** un artículo expreso del que se pueden desprender los siguientes lineamientos:

— Es menester el otorgamiento de un contrato normativo previo para regular la celebración de diversas operaciones bancarias o bursátiles por medios electrónicos.

— Se otorga a la llamada firma electrónica el mismo valor que la firma autógrafa.

De la **Ley de Instituciones de Crédito**:

«**Artículo 52.-** Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:

»I. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte;

»II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso; y

»III. Los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.

»El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustitución de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio».

De la **Ley de Mercado de Valores**:

«**Artículo 91.-** Como consecuencia del contrato de intermediación bursátil:

»(...).

»II. A menos que en el contrato se pacte el manejo discrecional de la cuenta, las instrucciones del cliente para la ejecución de operaciones concretas o

movimientos en la cuenta del mismo, podrán hacerse de manera escrita, verbal o telefónica, debiéndose precisar en todo caso el tipo de operación o movimiento, así como el género, especie, clase, emisor, cantidad, precio y cualquiera otra característica necesaria para identificar los valores materia de cada operación o movimiento en la cuenta.

»Las partes podrán convenir libremente el uso de carta, telégrafo, télex, telefax o cualquier otro medio electrónico, de cómputo o de telecomunicaciones para el envío, intercambio o en su caso confirmación de las órdenes de la clientela inversionista y demás avisos que deban darse conforme a lo estipulado en el contrato, así como los casos en que cualquiera de ellas requiera cualquiera otra confirmación por esas vías;

»(...).

»V. En caso de que las partes convengan en el uso de medios electrónicos, de cómputo, o de telecomunicaciones para el envío, intercambio y en su caso confirmación de las órdenes y demás avisos que deban darse, habrán de precisar las claves de identificación recíproca y las responsabilidades que conlleve su utilización.

»Las claves de identificación que se convenga utilizar conforme a este artículo sustituirán a la firma autógrafa, por lo que las constancias documentales o técnicas en donde aparezcan producirán los mismos efectos que las leyes otorguen a los documentos suscritos por las partes y, en consecuencia, tendrán igual valor probatorio;

«(...)».

A estos tres tipos de normatividad debemos añadir un cuarto: la *legislación de protección al consumidor*.

Esta legislación contiene algunas normas, especialmente en materia de contratos de adhesión, sobre la legibilidad de los contratos, establece la facultad de las autoridades para decretar cuáles contratos de adhesión requieran ser inscritos en la propia Procuraduría y añade la pena de nulidad para algunas cláusulas nocivas a los consumidores (artículo 85 y siguientes).

III. LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

1. Qué.- La Materia de los Contratos Celebrados por Medios Electrónicos

Pensemos en cualquier contrato, nominado o innominado. Todo lo que se hace alrededor del mismo para formar el consentimiento, formalizar la voluntad y dejar huella del mismo puede, en la actualidad, ser hecho por diversos medios electrónicos de registro y comunicación. Eso es ya una realidad.

La policitud, la negociación, la aceptación, el clausulado, el sumario de términos y condiciones, la firma, todo puede quedar hecho en este tipo de medios. Es más, ya se está haciendo.

Hay operaciones o contratos cuya realización se facilita especialmente por estos medios. Tal parecen estar vocacionadas a celebrarse precisamente así.

Algunas, porque la operación en sí consiste en un movimiento electrónico. Tal es el caso de las operaciones financieras (crediticias y bursátiles) que de hecho ya consisten en un simple registro que se hace electrónicamente.

Permítanme dos ejemplos: Uno.- Pagar una tarjeta de crédito con cargo a una cuenta de cheques no es sino una operación de transferencia de fondos de un registro a otro. Otro.- El cliente de una Casa de Bolsa que desea variar su posición de inversiones, vendiendo unos valores y adquiriendo otros.

Cuando todos esos registros se llevan como sucede hoy, en el Banco, en la Casa de Bolsa, en el Instituto para el Depósito de Valores, en medios electrónicos, la naturaleza de la operación es electrónica. ¿Qué objeto tiene hacerla mixta, esto es, requerir que haya un papel escrito que ordene el cambio de una cuenta a la otra?

Otras operaciones más, porque, aún sin ser su naturaleza específicamente un movimiento electrónico, están íntimamente relacionadas con

lo electrónico o bien, la electrónica resulta ser el medio más adecuado para poder llevar a cabo la operación.

Un ejemplo de este tipo de operaciones son los contratos complejos entre comerciantes de diversas plazas; así como existió en una ocasión la Cuenta Corriente, así entre dos comerciantes pueden celebrarse operaciones complejas y repetitivas. ¿No es mucho más fácil que las computadoras de ambos estén conectadas y se hagan los cargos y abonos recíprocos?

Hay otras operaciones cuya naturaleza no es específicamente electrónica, pero esta supone un medio ideal para hacer negociaciones y dejar constancia de las mismas en el proceso de formar el consentimiento.

A principio de la década de los 80, cuando florecieron los contratos sindicados entre varios bancos del mundo, se estilaba que un abogado redactaba un proyecto de contrato a partir del diseño original de la operación y este proyecto se transmitía por télex a todos los bancos involucrados. Los bancos lo estudiaban y por el mismo télex enviaban sus observaciones y contraproposiciones. El abogado daba forma a tales observaciones y expedía un segundo proyecto que recibía el mismo tratamiento y así sucesivamente hasta que el texto final quedara formado.

Hoy en día el fax ha desplazado al télex. Más aún, una conexión entre las computadoras de los bancos involucrados puede permitir una comunicación mucho más rápida y eficiente. La computadora puede hacer el trabajo de reunir todas las observaciones y ofrecer al instante un texto de «cómo van» las negociaciones.

Hay otro tipo de contratos para los cuales la electrónica puede ser tan sólo una simple herramienta de ayuda. Veamos:

La renta de una casa habitación difícilmente se realizaría por un medio electrónico. Muchos contratos reales en los que hay una entrega de posesión física de una cosa no serán fácilmente realizables por estos medios.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Sin embargo, el consentimiento para la celebración de esos contratos puede ser manifestado y comunicado por un medio electrónico sin duda alguna. Por lo que hace a los contratos reales, si estamos viviendo ya el fenómeno de desmaterialización de los Títulos de Crédito, creo que podemos esperar muchos cambios en el futuro próximo.

En la actualidad los Registros Públicos están evolucionando hacia una comunicación electrónica con las fuentes de sus consultores o proveedores de materia de trabajo. Los Notarios, los Corredores, los comerciantes podrán realizar sus inscripciones desde sus computadoras conectadas adecuadamente con el Registro Público.

Por cuanto toca a los contratos primeramente descritos, es decir aquéllos cuya naturaleza se presta perfectamente para desarrollarse en toda su extensión con medios electrónicos, estaremos muy posiblemente en el terreno de los contratos de adhesión: el prestador de un servicio financiero lo ofrece y fija sus condiciones, el usuario sólo dirá si lo acepta o no. Esa aceptación será dada seguramente por un medio electrónico.

Habrá algún tipo de operaciones que permitan un «diálogo» electrónico. Tal será el caso de usar una línea de crédito abierta previamente. En ella el usuario podrá pedir una cantidad, a un plazo, con un interés; el equipo electrónico le ofrecerá, de acuerdo a las circunstancias del cliente de que se trate y a las condiciones del mercado, sumas, plazos y tasas en los que puede conceder la disposición. El usuario a su vez podrá intentar algunas variantes hasta llegar a una aceptación de condiciones y a un traspaso de la cantidad solicitada a la cuenta del usuario.

2. Quién.- Las Partes que Intervienen en un Acto Jurídico cuyo Consentimiento se Forma por Medios Electrónicos

El fenómeno de otorgar el consentimiento para un acto jurídico por medios electrónicos se da principalmente cuando las partes otorgantes

del acto están ausentes. El medio electrónico es precisamente el medio de comunicación para la policitación y la aceptación de la oferta.

Desde ese punto de vista, el consentimiento puede formarse aplicando las mismas normas que nuestros actuales códigos tienen para la formación del consentimiento entre ausentes.

Pero el medio electrónico puede ir más lejos que ser simplemente el medio de comunicación. Eso sería un correo más rápido pero al fin de cuentas un correo.

Es muy posible que los contratos y que el contenido obligacional se formulen y se registren en computadoras. Ya en páginas anteriores no referíamos a los casos de créditos bancarios sindicados en lo que las versiones del contrato propuestas por el Banco líder viajaban a todo el mundo vía télex, cada Banco lo recibía, lo analizaba y reivindicaba sus correcciones a los demás bancos participantes. El Banco líder recogía todas las propuestas, enviaba un segundo proyecto (*draft*) y así sucesivamente hasta que todos los involucrados dejaban de hacer correcciones puesto que estaban conformes con la versión recibida.

Hoy es posible que las computadoras de los participantes, conectadas entre sí, vayan produciendo la versión final. Si se desea saber quién propuso qué o quién introdujo tal cambio, podrá hacerlo porque la electrónica permite con claridad conservar esos registros, pero la verdad es que todo ello es irrelevante. Se ha obtenido un consenso: así se manifiesta en la versión final que aparece en la pantalla de todos; hay consentimiento.

Piénsese en un sistema de equipos de cómputo que permitan que quien tenga algo que ofrecer lo vierta a dicho equipo y por ese medio llegue a un universo de posibles tomadores de la oferta (es igual que publicar en el periódico un anuncio); el computador puede casar la oferta del que la hace con la necesidad de quien pide el servicio y que previamente se había inscrito. La conexión entre el oferente y el aceptante la

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

hizo el computador. A uno y a otro les llega la noticia de que su oferta ha sido aceptada, hay consentimiento, hay acto jurídico y las partes no se conocen.

En esas ocasiones la identificación de las partes contratantes no es tan relevante, es más importante el poder, en un momento determinado, dilucidar la imputación de los efectos jurídicos a los sujetos.

Poco importa quién es la persona jurídica que realiza el negocio; hay un énfasis en el negocio. Esto en los contratos que típicamente se realizan por medios electrónicos (*v.gr.* Transferencia Electrónica de Fondos), o bien por medio de teléfono o el fax (*v.gr.* las compras de Telemercadeo).

Al prestador del servicio no le importa quién lo adquiere, es totalmente anónimo, lo tiene que identificar para cumplir con obligaciones, por ejemplo de entrega, y sobre todo si hay un adquirente del servicio por estos medios de comunicación electrónicos no le importa quién se lo proporciona, puede ser una compañía de servicios contratada por el Banco, ni siquiera éste mismo.

Esta ignorancia de la persona contra la que se tiene un crédito o un débito no es extraña. Ya sucede en las declaraciones unilaterales de la voluntad que las partes que van a resultar ligadas no se conocen entre sí. La persona que en una rifa obtiene un «Vale por una cena para dos personas en el Restaurante La Marmita» no tiene idea de quién sea la persona física o moral a la que puede exigir el cumplimiento de la obligación; a su vez, el propietario del Restaurante La Marmita no sabe quién es el tenedor del vale que podrá exigirle el cumplimiento de su promesa contenida en ese título civil al portador.

Sabemos que el consentimiento puede provenir de un tercero. Tal es el caso de fenómenos jurídicos como el mandato sin representación, el factor y el dependiente, el caso del mandatario extralimitado en sus facultades, la gestión de negocios. En esos casos, por la llamada en doctrina *Teoría de la apariencia*, las partes que concurren a la formación del contrato no son a las que se les imputan las consecuencias de derecho.

No tiene relevancia quién acciona una terminal, un punto de venta, una caja permanente (ATM), si es menor o mayor de edad, si es el titular de la tarjeta que se usa como acceso o no. Si están dados los elementos del contrato normativo las consecuencias jurídicas se imputarán a los titulares del contrato.

Tratándose de otros contratos, los comunes, debe producirse un principio de identificación a fin de lograr una imputación adecuada. En el ejemplo puesto en la introducción, alguien que quién sabe quién sea, yo sólo conozco su número de fax y el domicilio impreso en el fax que me envió, me ha policitado un contrato. Seguramente el policitante tampoco sabe quién soy, si actúo por mí o en representación de otro o de una persona moral: sólo conoce mi fax.

Sin embargo es evidente que hizo una policitación que fue aceptada, y ambas partes despliegan conductas que sólo pueden ser interpretadas como un consentimiento.

Aunque nuestros códigos no hablen de faxes, ni de correos electrónicos, la existencia de estos medios en la transacción es una forma de expresar la voluntad. En último de los casos, pueden ser considerados como los hechos o los actos que no dejan duda respecto de que el consentimiento fue otorgado *tácitamente*.

Todo lo más, posiblemente estemos celebrando contratos que, por ley, deban revestir determinada formalidad. La acción para elevarlos a esa formalidad está siempre expedita, aunque la verdad es que las partes lo cumplirán cabalmente aun con el vicio de validez que proviene de la falta de forma.

3. *Dónde*.- La Importancia del Lugar donde se Celebran los Contratos cuyo Consentimiento se ha Otorgado por Medios Electrónicos

El punto es: ¿en dónde se forma el consentimiento?

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Los medios electrónicos y los avances en las vías de comunicación han hecho verdaderamente irrelevante el lugar físico de celebración puesto que las distancias desaparecen. Sin embargo, resulta crítico el determinar la ley que debe regir el acto jurídico y las autoridades que deben conocerlo cuando se establece un conflicto, pues no sólo pueden intervenir el domicilio de cada una de las partes o el domicilio del lugar de la celebración o del cumplimiento del contrato, como en los contratos normales, sino que pueden aparecer lugares diversos, por ejemplo los de la ubicación del computador que reúne la información, o el domicilio de la empresa que administra los servicios electrónicos.

Si se dan contratos normativos para celebrar estos actos es conveniente prever en ellos estas cuestiones de ley y autoridades gobernantes.

4. Cuándo.- El Momento de la Formación del Consentimiento

¿En qué momento se forma el consentimiento?

Si aplicamos las normas del contrato entre ausente, la resolución es sencilla. Si es materia civil el momento de la recepción de la aceptación, si es materia mercantil, el momento es el del envío de la aceptación. En virtud de que los medios electrónicos son excepcionalmente claros en este aspecto, la determinación del momento preciso será fácil de determinar.

Lo curioso es que no siempre podríamos hablar de las normas de contratos entre ausentes, ya hemos visto ejemplos en donde ambas partes están ausentes y el contrato es formado por la conjunción de dos peticiones por un computador.

En contratos de adhesión y contratos tipo, el oferente ya ha puesto sus bases y lo único que se requiere es que la otra parte diga que sí.

Muchas de estas operaciones, las llamadas *paramétricas*, son el resultado de un llenado de condiciones. *V.gr.* la concesión de créditos, las disposiciones de efectivo en ATM. En todos estos casos los mismos

equipos electrónicos son los que concluyen la operación, son los que dicen cuándo, precisándose hasta la hora exacta, el acto está celebrado de forma vinculatoria para las partes.

5. Cómo.- La Forma de la Expresión del Consentimiento

Para hablar de *expresión del consentimiento* por medios electrónicos, debemos diferenciar si las partes han celebrado un contrato normativo previamente, al amparo del cual operarán su relación jurídica, o si no hay tal contrato.

Si existe entre las partes un contrato normativo previo, éste soporta toda la estructura. Por ello conviene detenerse y analizar lo que es un contrato normativo. Algunos lo llaman también «contrato marco».

Contrato normativo es aquel que establece las normas sobre las cuales se desempeñarán futuras obligaciones y derechos que surgirán dadas determinadas eventualidades o condiciones previstas por los contratantes.

Es el tipo de contrato al que se refieren el Código Civil, el de comercio y la legislación financiera cuando autorizan la celebración de operaciones por *medios modernos*.

Es un contrato bilateral, puede ser oneroso o gratuito, se redacta por escrito (*probationis causa*), requiere plena capacidad de los contratantes y describe, como ya se dijo, la forma en que se realizarán los contratos, operaciones y diversos actos jurídicos, a través de medios electrónicos. Cada uso de un medio electrónico, en el contexto de dicho contrato, supone la concreción de los actos contratados: será el darse las condiciones fácticas que permitan la producción de fenómenos jurídicos. De esta suerte, parece irrelevante que la comunicación y la negociación se haga por estos medios. Las partes ya lo aceptaron y están dispuestas a aceptar las consecuencias de derecho que se deriven.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Para celebrar el contrato normativo se requiere conjuntar todas las normas de capacidad y representación del derecho común, pero para accionar los medios, ello ya no resulta indispensable: basta que quien use los medios electrónicos use las claves o medios de identificación pactados en el contrato para que la operación sea completa y jurídicamente concluida, las voluntades de las partes ya se encontraron previamente. Materia completamente distinta será si es un menor el que, en contra de la voluntad de su padre, o un empleado contra la voluntad de su principal, o un extraño delincuente que habiéndose apropiado de las claves acciona los sistemas. Habrá consecuencias civiles, laborales y penales, pero en nada se afectará la realización de las operaciones celebradas por esos medios ya que fueron hechas en los términos del contrato normativo de referencia. El contrato previo es pues el soporte jurídico global a los fenómenos de voluntad en la celebración de estas operaciones. Ahora bien, si no hay contrato normativo previo, ¿puede formarse la voluntad? Debemos pensar que sí. Es un problema de imputación de determinadas consecuencias jurídicas a una parte como producto de la voluntad manifestada por estos medios.

Quizá por la legislación actual que requiere para determinados contratos, diversas formalidades, estaremos en la presencia de un acto nulo por falta de forma, pero con la posibilidad (*acción*) de exigir que ésta se dé.

Si se trata de un contrato consensual, no hay duda que el acto jurídico está celebrado. En caso de controversia, al igual que en cualquier otro contrato consensual, es problema será probar el consentimiento. En esta materia los medios electrónicos dejan sin duda alguna huella que permite probar la conducta de quienes los accionarios de tal manera que se interpretará como una manifestación de la voluntad de haber celebrado el acto jurídico.

Lo más usual, según vimos antes, es que los actos jurídicos que se puedan celebrar por estos medios son *contratos de adhesión*, *contratos tipo*. En éstos, es más sencillo entender la situación puesto que no hay negociación, el acto jurídico consiste simplemente en aceptar una pólita permanente hecha por el oferente.

Las normas de interpretación de los contratos se ven afectadas ante la presencia de este tipo de contratos.

Deberá buscarse una referencia al lenguaje usado, el lenguaje electrónico, a las huellas dejadas. Quizá sea menester usar un perito para que participe en la interpretación de contratos consuetudos electrónicamente.

Más que en el conflicto de la voluntad interna *versus* la voluntad declarada deberá hacerse énfasis en cuál es el objetivo buscado, más que en qué quisieron las partes; esto sobre todo en contratos tipo de éstos estereotipados.

Hay contratos electrónicos tipo, por ejemplo, las operaciones comunes que se han estereotipado por este medio, es como el caso de muchas de las operaciones bancarias y las de Tránsito Electrónico de Fondos. En ellos no puede buscarse cuál fue la verdadera intención de las partes sino el *propósito* de la operación que es ya ampliamente conocida por ser una operación repetida masivamente.

Al hablar de la forma de expresión del consentimiento, meollo del presente trabajo, debemos recordar que es preciso separar la función de la forma de dos momentos:

Uno es el de la *autenticación*: ¿es la persona con la que me interrelaciono, la adecuada, con la que debo establecer una relación jurídica, la otra parte?, ¿es la peticionante que recibo o la respuesta que recibo la que efectivamente proviene de la otra parte con la que trato, con la que establezco una relación jurídica?

Otro es el de *conclusión y el cierre del contrato*: ¿son éstos los términos en los que hemos convenido?, ¿es éste el momento en el que nacen las obligaciones?, ¿es éste el lugar donde nacen?

Con estos dos *momentos* en mente pasemos ahora a los *medios* que se usan para ello.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Al analizar la actual legislación encontramos que el consentimiento puede darse con unas cuantos medios: una expresión verbal, oral o escrita; en algunos casos con la obligación de ratificación u otorgar ante fedatarios: testigos, notario, corredor o autoridad, en algunos casos una formalidad solemne, p. ej. el testamento; o bien, por último, un consentimiento tácito (hechos o actos que deben ser interpretados como aceptación).

En el caso de los Títulos de Crédito deben llenarse todos los extremos de contenido y forma que la ley prevé para los títulos valor.

En todos los casos de forma escrita, aparece la firma autógrafa como reina de la manifestación del consentimiento.

Los medios electrónicos contribuyen con una enorme riqueza de posibilidades de formalización: la incorporación en un archivo de un equipo de cómputo al que sólo acceden los que pueden celebrar el contrato, el uso del Número de Identificación Personal, la existencia de un plástico con banda magnética que es identificado por un lector, las huellas dactilares o de la palma de la mano, o de la misma voz reconocidas por un lector, el número de fax, el uso de claves o contraseñas, y muchas otras similares.

La ciencia en la actualidad ha llegado a producir diversos parámetros de identificación biométrica, es decir, basada en las características físicas del sujeto celebrante de un acto jurídico.

Un estudio de las Naciones Unidas (UNCITRAL) presenta seis de estas técnicas: exploraciones de la retina que registran la firma visual de un individuo y la almacenan en un microprocesador; sistemas de identificación mediante la impresión del pulgar o de otros dedos; sistemas de quirogeometría, que miden, registran y comparan la longitud de los dedos, la traslucidez de la piel, el grosor de las manos o la forma de la palma de la mano; dispositivos de verificación de la voz, que registran los tipos de voz y sus inflexiones; dispositivos de verificación de la firma, que detectan las características estáticas o dinámicas de la firma de una persona; dinámica de tecleo, que identifica a los individuos por su forma de escribir a máquina y por su

ritmo. Estos productos biométricos están en capacidad de almacenar muestras y comparar con muestras recientes para autenticar.

Todos esos medios son vistos con desconfianza para quien ve con ojos tradicionales, acostumbrados a la firma autógrafa; los demás medios nos parecen ciencia ficción sumamente vulnerable. Asusta más la posibilidad de una falsificación precisamente porque se desconoce la seguridad que proporcionan.

Si se analiza con cuidado, se verá que estos medios son tanto o más seguros que la firma autógrafa.

Hemos hecho de la firma autógrafa una verdadera solemnidad. El momento en el que se estampan las firmas es reconocido socialmente, que no jurídicamente, por el momento de celebración del acto jurídico, se pone en presencia de la contraparte, se recurre a testigos o a un notario, se llama a fotógrafos y se hacen obsequios e intercambios de las plumas con que se signaron los documentos.

Para un notario su labor sólo es completa cuando se ha cerciorado de que todos los que deben firmar, lo han hecho. Su escritura no está completa sino hasta entonces; el último acto es cuando el propio notario, en íntima soledad, convencido de que todo en su escritura está bien, dice: «yo, el notario, doy fe» y estampa su firma personal.

Reemplazar este hermoso ritual por un frígido registro electrónico hace perder la estética del acto jurídico y produce una sensación de inseguridad jurídica. ¿Se celebró verdaderamente el acto?, ¿no podrá algún *iniciado* sumergirse en esos aparatos del demonio y cambiar mi registro por otro?

Lo cierto es, decía arriba, que las firmas y registros electrónicos pueden llegar a ser más seguros que la firma autógrafa. Ésta es falsificable, una falsificación puede no ser notable a simple vista y requerir complejos procesos de determinación de su autenticidad; de la identidad de una persona se puede engañar a testigos y notarios; los registros públicos, incluso

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

los que manejan Folios reales, pierden hojas, expedientes o rastro de lo ahí inscrito.

Nuestros medios actuales tienen debilidades de seguridad, lo que pasa es que ya conocemos estas debilidades y sabemos cómo tratarlas. Con los nuevos medios todavía no sabemos cómo tratar todos, que sí algunos, los posibles yerros.

Por ejemplo, en un número compuesto por cuatro dígitos (lo usual en un PIN —Número de Identificación Personal—) las variantes posibles son 10,000; acertar cuál es de ellas, es verdaderamente remoto, máxime que se combina con otros sistemas de seguridad, por ejemplo el acompañar de una tarjeta plástica que contiene una banda magnética con un código único e irrepetible, o bien que la máquina se bloquee después de tres o cuatro intentos fallidos.

Aquí es donde nuestro sistema jurídico debe dar un giro total. Casar la expresión del consentimiento a una firma autógrafa ha sido superado por la realidad. El Derecho debe aceptar otros medios de manifestar dicho asentimiento.

De hecho ya suceden dos fenómenos:

Uno.- Si una persona otorga su consentimiento por medios electrónicos seguramente se comportará con la certeza de haber realizado un acto jurídico y entonces estaremos, por lo menos, en la presencia de un consentimiento catalogado por nuestros códigos actuales como tácito.

Dos.- La legislación financiera ya dio el paso, ya acepta la celebración de actos jurídicos por otros medios en sustitución de la firma autógrafa y asigna a tales medios el mismo valor que las leyes dan a ésta y a los documentos que la conllevan.

Debemos esperar que nuestra Teoría de las Obligaciones se abra en algunos conceptos en forma similar a como lo ha hecho ya la legislación financiera.

Ahora bien, es menester reconocer que los medios tecnológicos de hoy han hecho renacer la necesidad de formalidades multiplicando, como ya lo indiqué previamente, el número y posibilidades de éstas.

En algún tipo de operaciones estereotipadas, de adhesión o tipo, las formalidades vendrán a ser, como en los títulos de crédito, prácticamente solemnes. En efecto, una disposición de un contrato de apertura de crédito no se dará, no existirá para el mundo jurídico, si no se introduce el plástico que el Banco otorgó al cliente y éste no escribe su número de identificación personal (PIN) y si no oprime las teclas y las señales precisas.

IV. CONCLUSIÓN

El uso de los medios electrónicos para conducir operaciones con trascendencia en el mundo del derecho es ya una realidad.

La normatividad existente hasta ahora permite en términos generales operar aunque ello sea acudiendo a las normas del consentimiento tácito y de la teoría de la apariencia.

Ya estamos viendo aparecer alguna normatividad *ad hoc*, tal es el caso de la legislación financiera.

Sin embargo, es necesario que nos replanteemos una serie de conceptos clásicos de la *Teoría General de las Obligaciones y de los Contratos*.

- La forma de las obligaciones:
 - para desacralizar las actuales formas;
 - para aceptar muchas nuevas.
- La imputación de los efectos de un contrato:
 - para entender los sujetos activos y pasivos de las obligaciones.

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

— La interpretación de los actos jurídicos:

– para incorporar nuevos elementos de interpretación e integración.

— El lugar y el tiempo de la formación y del cumplimiento del acto jurídico:

– para comprender que la tecnología actual ha hecho variar los conceptos tradicionales de las categorías tiempo y lugar.

— La existencia de Contratos Normativos:

– para reforzar una tesis de Autonomía de la Voluntad que se antoja renaciente en la actualidad.