



EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Víctor Manuel ROJAS AMANDI*

SUMARIO: *Introducción; I. El consentimiento en los contratos. II. La manifestación de la voluntad en los contratos. III. Formación del consentimiento cuando se hace uso de tecnologías electrónicas. IV. Contratos “Click wraps”. V. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

LA CONCLUSIÓN de contratos haciendo uso de tecnologías electrónicas no plantea nuevos problemas jurídicos. Sin embargo, sí exige una reformulación de las soluciones legales que se han diseñado para resolver los problemas tradicionales. No se debe pasar por alto que, una manifestación de la voluntad simple no se puede considerar de igual forma que una manifestación de la voluntad que se comunica por medios electrónicos. Una manifestación de la voluntad simple se comunica o acústicamente o haciendo uso del medio material del papel. En cambio, una manifestación de la voluntad electrónica se comunica en un medio virtual que carece de una naturaleza material.¹ Además, la transmisión de información en la red también se caracteriza por verificarse de manera anónima. Las partes de un contrato que se concluye haciendo uso de medios electrónicos podrían fácilmente actuar bajo un nombre falso. Esta anonimidad de las comunicaciones electrónicas, problematiza la identidad del autor de la voluntad —autenticidad—, lo que aunado a las condiciones de seguridad de las transmisiones

* Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg en Alemania y Académico de Tiempo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Plantel Santa Fe.

¹ CLEMENS, Albert, “Die elektronische Willenserklärung —Chancen und Gefahren” en: *Neue Juristische Wochenschrift*, año 1998, p. 1999.

electrónicas complica la integridad del contenido de la declaración de la voluntad.²

En materia de la autenticidad cobra especial relevancia el caso de la actuación bajo un nombre falso. En cambio, en materia de integridad, se trata de la corrección de contenido de la declaración de voluntad. Debido a que, en la contratación electrónica las comunicaciones se verifican entre personas que no pueden tomar contacto físico entre ellas y a que los mensajes en la red viajan, por decirlo así, abiertos y a que por lo mismo el administrador de la red o un tercero que interfiera la comunicación pudiera alterarlos, la autenticidad y la integridad de las declaraciones de la voluntad adquieren una importancia especial y evidencian las dificultades particulares de las comunicaciones electrónicas.

El presente artículo tiene por objeto analizar la regulación jurídica de la formación del consentimiento en la contratación electrónica. En el caso de México se analiza en exclusiva la legislación federal debido a que, en nuestro país siguiendo la idea reguladora de la *Comisión de Derecho Mercantil Internacional* —UNCITRAL—, la contratación electrónica se ha reservado para el ámbito mercantil. En materia de Derecho Comparado resulta importante estudiar el caso de los contratos *click wraps*, según la denominación que reciben en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos.

Después de una breve introducción, en el capítulo segundo se entrará al análisis de las reglas generales sobre el perfeccionamiento del consentimiento en la legislación federal mexicana. El tercer capítulo estudia la regulación de la manifestación de la voluntad en los contratos cuando se hace uso de tecnologías electrónicas. En el cuarto capítulo analizaremos la formación de los contratos en la contratación electrónica. De especial importancia para el perfeccionamiento del consentimiento resulta la legislación y jurisprudencia de los Estados Unidos sobre los contratos *click wraps*, las que se comentarán en el quinto capítulo.

I. EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS

El consentimiento es junto con el objeto que pueda ser materia de los contratos uno de los elementos esenciales del contrato (artículo 1795 del

² LOOCK-WAGNER, Oliver, *Das Internet und sein Recht*, Kohlhammer, Stuttgart, 2000, p. 49 y MAGGS, Gregory, *Regulating Electronic Commerce*, en: "American Journal on Comparative Law", vol. 50, p. 665.

Código Civil Federal CCF). El contrato es un negocio jurídico bilateral que requiere la existencia de declaraciones de la voluntad coincidentes y recíprocas para alcanzar un fin común,³ esto es, del consentimiento. De esta forma, el consentimiento se puede definir como una coincidencia de dos o más manifestaciones de la voluntad para la producción de consecuencias jurídicas, las que sólo se producirán debido a que son queridas de igual forma por ambas partes. La manifestación de la voluntad implica tanto una voluntad consciente, como una conducta observable de una persona capaz de dar a conocer a la contraparte su intención de que se produzcan consecuencias de Derecho. De esta forma, la manifestación de la voluntad tiene tanto un elemento subjetivo, como uno objetivo. El subjetivo implica una voluntad consciente de producir consecuencias de Derecho; en tanto que el objetivo, una conducta observable que tiene por objeto expresar dicha voluntad.⁴ La coincidencia entre la voluntad y la conducta que sirva para expresarla es un presupuesto de la validez del acto jurídico. En una época en donde las tecnologías de la comunicación —telégrafo, teléfono, e-mail, fax, etcétera— se han hecho de uso frecuente, el Derecho ha reconocido como auténticas manifestaciones de la voluntad las que se dan a conocer mediante las mismas. Sin embargo, en el caso del uso del telégrafo para comunicar una manifestación de la voluntad, el artículo 1811 del CCF condiciona la validez de dicha comunicación a la existencia de un acuerdo previo entre los contratantes para contratar de esa manera y a que los correspondientes telegramas contengan *las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos*.

La necesaria coincidencia de voluntades que presupone el consentimiento implica, por una parte, la manifestación de la voluntad planteando una oferta y dirigida a una o a un grupo de personas y la comunicación de la misma y, por la otra, la declaración de la voluntad del destinatario referida a la oferta y coincidiendo con el contenido de la misma —aceptación— y su comunicación. El contenido de la oferta se debe formular de tal manera que la aceptación se pueda declarar mediante una simple confirmación del contenido de la misma.⁵ La oferta se extingue, o bien, cuando se rechaza,

³ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2003, p. 25.

⁴ BREHM, Wolfgang, *Allgemeiner Teil des BGB*, Boorberg, Stuttgart, 1991, p. 88.

⁵ Así, por ejemplo, en materia de compraventa, en la oferta se debe encontrar definida la cosa y el precio, pues según lo dispuesto por el artículo 2248 del CCF, los derechos y las obligaciones que nacen con dicho contrato deben referirse a la entrega de una cosa y al pago de un precio cierto y en dinero. En ofertas de venta al público, el artículo 1860 también exige que la oferta se refiera a objetos concretos y a un precio cierto. En

o bien, cuando no se acepta dentro del plazo legal o del que el oferente ha fijado. Para el caso en que la oferta no se acepte de manera *lisa y llana*, sino que importe modificación de la misma, el oferente queda desligado de ella y la declaración del destinatario se considerará como una nueva oferta.⁶ De la oferta se diferencia la invitación a oferta —*invitatio ad offerendum*— por medio de la cual una persona le solicita a otra para que le haga una oferta. En este caso, el consentimiento no se puede conformar mediante una simple aceptación del contenido de la propuesta, pues quien invita a plantear la oferta se ha reservado la decisión sobre la conclusión del contrato.

Sobre la forma de manifestación de la voluntad, el artículo 1803 del CCF establece que la misma puede ser expresa o tácita. Expresa será la voluntad *que se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos*. Tácita es la manifestación de la voluntad que se da a conocer mediante *hechos o actos* que la *presupongan o que autoricen a presumirla*. El silencio podría considerarse como manifestación de la voluntad tácita si se presenta en una determinada situación que permita darle una significación suficiente para

caso contrario, esto es, cuando en la oferta se omite el precio o la cosa, la manifestación de la voluntad se debe entender más que como una oferta, como una invitación para realizar una oferta —*invitatio ad offerendum*— que no obliga a su autor. Es precisamente debido a que, la manifestación de la voluntad cuyo contenido sea la oferta de un contrato de compraventa presupone de manera necesaria referirse a una cosa y al precio, por lo que la misma debe llevarse a cabo necesariamente de manera expresa. Véase al respecto la tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que aparece en el Semanario Judicial de la Federación, Parte 175-180 Cuarta Parte, P. 58 bajo la voz: “COMPRAVENTA. CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA VENDEDORA Y TÁCITO DEL COMPRADOR”.

⁶ Artículo 1810 del CCF. Así, por ejemplo, la compraventa celebrada entre el arrendador y el arrendatario, respecto de la localidad arrendada, mediante el ejercicio del derecho del tanto, sólo se perfecciona cuando la aceptación de la oferta se hace de manera lisa y llana; de tal manera que si la respuesta del locatario fuera en el sentido de que acepta adquirir, pero adiciona, restringe o modifica la propuesta inicial, esto constituye una nueva proposición, que también requiere ser aceptada lisa y llanamente por el destinatario que originariamente fue proponente. Entretanto no se exprese la aceptación en los términos de la oferta, tampoco puede considerarse perfeccionada la transacción. Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: VII, Mayo de 1991, Página:166, SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo directo 4682/90. Héctor Ramírez Vargas. 25 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretaria: Ana María Nava Ortega.

producir consecuencias de Derecho.⁷ A menos que la ley disponga que la forma válida para manifestar la voluntad sea la expresa, ambas modalidades serán legítimas para dar conocer la misma.

En el Derecho mexicano no basta para la validez jurídica de una voluntad suficiente para integrar el consentimiento que la misma se exteriorice o manifieste, sino que se requiere la comunicación de la misma. Ésta supone por lo menos la posibilidad de que el destinatario tenga la posibilidad de tomar conocimiento de la misma. Esto puede suceder de dos formas según se trate de una propuesta u oferta entre personas presentes o bien de una policitación entre personas no presentes o ausentes. Según lo dispuesto por el artículo 1805 del CCF para declaraciones de la voluntad verbales o tácitas entre personas que mantienen un contacto físico real, o cuando la misma se comunica por teléfono, o por tecnologías de comunicación electrónicas o similares que posibiliten una comunicación en tiempo real, basta su exteriorización para que sea válida. En estos casos la manifestación de la voluntad y su comunicación se verifican en el mismo momento, sin importar si el destinatario entendió las palabras del oferente. Cuando la declaración se realiza por escrito se debería entregar el documento en que la información se encuentre soportada. En estos casos, los efectos jurídicos de dicha manifestación desaparecen si la oferta no se acepta lisa y llanamente de inmediato.⁸ De aceptarse la oferta en esta forma, el consentimiento quedará concluido automáticamente.

⁷ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, p. 181. Este sería el caso cuando no obstante que se haya celebrado un contrato de arrendamiento exclusivamente para habitación el inquilino destina parte para el comercio y *el arrendador a pesar de conocer la situación, no demanda la rescisión del contrato por el incumplimiento manifiesto*, pues ante dicha circunstancia ante el silencio del arrendador se considera que éste *ha consentido en que el inmueble se destine tanto a habitación como a comercio*. Sala Auxiliar, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, CXV, p. 650.

⁸ Este principio resulta aplicable, aun cuando un supuesto comprador hubiera depositado un cheque como parte del precio de la operación, en poder del notario autorizante, pues según el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia, este hecho no puede significar su voluntad constante, de manera fehaciente e indubitable, cuando esa circunstancia forme parte, indudablemente, de un convenio celebrado, cuya aceptación haya sido extemporánea, y además, el vendedor no haya podido disponer del importe del cheque, cuyo depósito no pudo tener el carácter de pago, para que pudiera interpretarse como una manifestación de la voluntad tácita. Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: LXXXII, Página: 580, Amparo civil directo 2469/44. Serrano María Luisa. 6 de octubre de 1944. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

La comunicación de una oferta entre personas no presentes se tiene por realizada cuando la misma se entrega en el correo público o, en caso de no existir éste, se envía a través de otro medio de comunicación. Para este caso, según lo dispuesto por el artículo 1806 del CCF, la validez de la oferta permanecerá vigente durante tres días, *además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones*. Si el proponente falleciera después de manifestada la voluntad, pero antes de la recepción del documento donde hubiera quedado incorporada la misma, resulta válida la oferta si éste ignora dicha circunstancia y en consecuencia los herederos de aquel quedan obligados a responder por ella (artículo 1810 del CCF). En tratándose de *contratos entre ausentes*, el consentimiento se concluye en el momento mismo en que el *proponente recibe la aceptación* por parte del destinatario de la oferta (artículo 1807 del CCF). En este tipo de contratos es posible revocar la oferta o la aceptación *si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta o la aceptación* (artículo 1808 del CCF).

Debido a que la manifestación de la voluntad para producir efectos jurídicos supone tanto su expresión como su comunicación, existe la posibilidad de que ambas no llegaran a coincidir debido a que se ha comunicado algo que no es lo que se expresó como voluntad de su autor. En este caso, según lo dispuesto por el artículo 1851 del CCF, prevalecerá la expresión auténtica sobre lo que aparezca soportado en el medio en que se dio a conocer la voluntad.⁹

II. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. *¿Es válida la manifestación del consentimiento cuando se utilizan tecnologías electrónicas?*

Desde el comienzo de la utilización de las modernas tecnologías electrónicas en las relaciones comerciales se puso en duda si las comunicaciones que se llevan a cabo haciendo uso de las mismas, resultaban jurídicamente obligatorias y aptas para valer como manifestaciones de la voluntad legiti-

⁹ Es por esto por lo que la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que *el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del contrato se demuestra en forma distinta, con elementos extraños al texto del documento en que se haya constar dicho contrato*. Tercera Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, CVIII, p. 872.

mas para concluir contratos. Para dar respuesta a esta interrogante, la fracción I del artículo 1803 del CCF estableció que es legítima la manifestación de la voluntad que se lleve a cabo *por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología*, debiéndose considerar la misma como una manifestación de la voluntad expresa.¹⁰ El artículo 80 del Código de Comercio —C.Com— también reconoce el uso de *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología* como un medio legítimo para manifestar la voluntad en los contratos.¹¹

Otra cuestión es si la validez del uso de los medios electrónicos en las relaciones contractuales presupone la existencia de un acuerdo previo entre las partes. En México, según lo dispuesto por el artículo 1811 del CCF, no se requiere como presupuesto de la validez de las comunicaciones electrónicas, la firma de un acuerdo previo de intercambio electrónico de datos en donde las partes acepten la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas.^{12, 13}

¹⁰ La *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico* —Ley Modelo— reconoció en su artículo 11 al *mensaje de datos* como un medio legítimo para celebrar contratos válidos, al establecer que, la oferta y la aceptación puedan ser expresadas por medio de un *mensaje de datos*. Cabe señalar que la Ley Modelo sólo regula el empleo de los medios electrónicos para manifestar la voluntad cuyo contenido es una oferta o una aceptación. Sobre las características y requisitos que debe cumplir una manifestación de la voluntad para poder ser considerada jurídicamente como una oferta o una aceptación, se deberá estar a lo dispuesto por las leyes nacionales que regulan el contrato correspondiente —*principio de complementareidad*—.

¹¹ Lo mismo dispone la Secc. 7 (b) de la *Uniform Electronic Transactions Act* UETA.

¹² En el sistema de la Ley Modelo, la validez jurídica del uso de los “*mensajes de datos*” en la conclusión de los contratos, no requiere de la conclusión de un acuerdo previo de intercambio electrónico de datos. Sin embargo, la Ley Modelo renunció a imponer el recurso a los medios de comunicación electrónicos a aquellas partes que, por cualquier motivo, deseen concluir sus contratos haciendo uso de otros medios. Por lo mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11, las partes pueden disponer como condición de la validez de la manifestación de la voluntad cuyo contenido sea una oferta o una aceptación que la misma se lleve a cabo por medios diferentes a los electrónicos. Además, el artículo 11 forma parte del Capítulo III de la Ley Modelo cuyas normas son de derecho dispositivo y, por lo mismo, pueden ser modificadas por las partes. Véase al respecto: Amezcu Ornelas, Norahenid, *E-commerce en México, aspectos legales*, SICCO, México, 2000, p. 9.

¹³ A diferencia de la Ley Modelo y del CCF, la UETA se aplica solamente a las transacciones en las cuales las partes han acordado interrelacionarse haciendo uso de medios electrónicos (Sección 5(b) UETA (1999)). Este acuerdo no necesariamente requiere concretarse mediante un contrato escrito de intercambio de mensajes electrónicos. Según la UETA la determinación de si las partes tienen derecho a conducir sus transacciones electrónicamente, debe tomar en cuenta el contexto y las circunstancias del caso, la conducta de las partes

2. *¿Pueden utilizarse los sistemas automatizados de datos para manifestar la voluntad por medios electrónicos?*

Los sistemas automatizados de datos son terminales informáticas u agentes electrónicos que se encuentran programados para operar automáticamente sin necesidad de intervención humana directa. De esta forma, este tipo de sistemas es capaz de crear y enviar un mensaje cuyo contenido sea una oferta o una aceptación de la misma. Para este caso la cuestión legal consistiría en determinar si un mensaje creado, procesado y enviado por un sistema automatizado de datos resulta suficiente para manifestar la voluntad de la partes y para obligarlos al cumplimiento de lo pactado.¹⁴

Al igual que sucede con el artículo 11 de la Ley Modelo, en los artículos 80 del C.Com y 1803 del CCF, no se regula de manera expresa el uso de los sistemas de información automatizados. Sin embargo, de manera indirecta se acepta la utilización de los mismos, al establecerse en el artículo 90, fracción III del C.Com que, a la persona que haya programado un sistema de este tipo o, a cuyo nombre se haya programado, le deben ser atribuidos los *mensajes de datos* que se hayan enviado por dicho sistema.¹⁵

y, de haberlo, los términos del acuerdo escrito (sección 5(b) UETA (1999)). A menos que la conducta de las partes o las circunstancias decidan o, sugieran otra cosa, la voluntad de comunicarse por medios electrónicos en el contexto de un negocio en particular, no implica la voluntad para llevar a cabo en el futuro otros negocios por esos medios. Por lo mismo, la UETA deja abierta la posibilidad de que una parte pueda rechazar frente a la contraparte de un negocio que se ha celebrado y ejecutado haciendo uso de medios electrónicos, el uso de dichos medios para otros negocios futuros (Sección 5(c), UETA (1999)).

¹⁴ Al respecto cabe señalar que, no obstante que en el texto del artículo 11 de la Ley Modelo no se regula el valor legal de los mensajes enviados por un sistema automatizado de datos, debido a que el artículo 13, numeral 2), inciso *a*) de dicha Ley se atribuye un mensaje a un iniciador por el solo hecho de que el mismo ha sido remitido *por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente*, esto es, por un sistema automatizado de datos, bien se puede concluir —tal y como lo hizo el Grupo de Trabajo que preparó la Ley— que éstos pueden ser utilizados como medios legítimos para manifestar la voluntad cuyo contenido sea una oferta o una aceptación de la misma. Además, cabe destacar que, ésta es una práctica generalmente aceptada en el mundo de los negocios. Véase al respecto: De Miguel Asencio, Pedro Alberto, “Derecho Privado e Internet”, Civitas, Madrid, 2001, p. 332.

¹⁵ A diferencia de la Ley Modelo y de la legislación mexicana, las que no establecen disposición especial alguna para los contratos que se celebren por medio de sistemas automatizados de datos, la UETA en su Secc. 14 regula los contratos concluidos por este tipo de sistemas. Se considera que éstos funcionan como agentes electrónicos de las partes. Dicha disposición reconoce tanto a los contratos que se celebran entre dos sistemas auto-

3. Autenticidad de las manifestaciones de la voluntad electrónicas

Cuando un contrato se concluye haciendo uso de medios electrónicos, el mismo se perfecciona, de hecho, entre ausentes. Debido a esta circunstancia, en los contratos electrónicos la identificación del autor de la manifestación de la voluntad, esto es la autenticidad del mensaje, adquiere una relevancia especial. Los datos del buzón electrónico desde donde se ha enviado el mensaje proporcionan información sobre el titular del mismo, pero no sobre la persona que realmente ha enviado el mensaje desde dicho buzón. Para identificar al autor real de la comunicación electrónica, en la práctica, se suelen utilizar sistemas de *passwords* y el de la firma digital. En los artículos que van del 96 al 113 del C.Com se encuentra regulado bajo qué circunstancias la firma digital produce efectos jurídicos y resulta suficiente para validar la autenticidad de los contratantes.¹⁶

El C.Com establece bajo qué condiciones se puede considerar que un *mensaje de datos* se considera auténtico. Según lo dispuesto por el artículo 90 del C.Com un mensaje se debe atribuir a su autor real cuando ha sido enviado por el propio *Emisor*, independientemente si el mismo es titular de la cuenta electrónica del sistema de información desde donde el mismo se ha enviado. De esta forma, si el mensaje proviene del *Emisor*, éste queda obligado por el mismo. En segundo término, si se utilizan *medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor*, se debería atribuir el mismo a éste, independientemente de quién haya sido la persona que lo envió. En tercer lugar, se atribuye al *Emisor* un mensaje cuando el mismo

matizados de datos, como aquellos en que interactúan, por una parte, una persona y, por la otra, un sistema de este tipo. Cuando es un sistema automatizado de datos el que se utiliza para manifestar la voluntad, se estima que ésta se expresa de manera abstracta para todo un determinado tipo de negocios en donde se cumplan ciertas condiciones al momento de programación del sistema. El reconocimiento de este tipo de contratos valida los contratos anónimos en donde la manifestación de la voluntad se manifiesta dando un click en el ratón de la computadora —*anonymus click-through transaction*—. Sin embargo, pudiera ser que la legislación que regula el contrato correspondiente exigiera que la manifestación de la voluntad se manifieste de una forma determinada y, en consecuencia, desconocer un contrato concluido por ese medio —*principio de complementareidad*—. Por otra parte, si en el proceso de la manifestación de la voluntad mediante el click se incluye un sistema de firma electrónica y la ley que regula el contrato correspondiente requiere firma, se deberá de tener por cumplido dicho requisito. Si no se requiere dicha firma, el sistema de firma electrónica podría utilizarse para atribuir el mensaje a cierta persona.

¹⁶ Véase al respecto: ELÍAS AZAR, Edgar, *La contratación por medios electrónicos*, México, Porrúa, 2005, p. 227 y ss.

se envía por una persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese Mensaje de Datos. La cuestión de si la persona que actuó en su nombre estaba, de hecho y de derecho, facultada para actuar como representante del Emisor, se regirá por las normas civiles y mercantiles que resulten aplicables a la representación —principio de *complementariedad*—. Finalmente, también cabe atribuir a un Emisor la autoría del mensaje que se haya enviado por un sistema de información programado por el o, en su nombre, para operar de manera automática.

Conforme a lo establecido por el artículo 90 *bis* del C.Com, cuando el destinatario puede considerar que el mensaje proviene del iniciador, ya sea por haber utilizado un sistema de autenticación previamente aprobado por el Emisor de manera unilateral o, como resultado de un acuerdo concertado con un intermediario o, con el destinatario mismo, o bien, debido a que el mensaje haya resultado de los actos de una persona cuya relación con el Emisor le haya dado acceso a algún método de autenticación de éste, dicho destinatario se encuentra facultado para considerar que el mensaje proviene de ese Emisor. En consecuencia, el destinatario se encuentra facultado para actuar como si el mensaje proviniera del Emisor hasta en tanto éste le informe que el mensaje no es suyo, o bien, hasta el momento en que sepa o deba saber que el mensaje no es del Emisor. De esta forma, el Emisor será responsable de todo mensaje de datos no autorizado que pueda demostrarse que ha sido enviado como resultado de su falta o negligencia.¹⁷

Cuando el destinatario haya sido informado por el Emisor que el mensaje no proviene del mismo existen dos posibilidades. Por una parte, en el caso que, el destinatario aplique un procedimiento de identificación previamente acordado con el Emisor para determinar al autor del mensaje, éste será privado de sus efectos jurídicos. Sin embargo, esto no sucederá hasta que venza el plazo razonable que el Emisor establezca para deshacer la negociación, contado a partir del momento en que el mismo le haya informado al destinatario que el mensaje de datos que recibió no provenía de dicho Emisor.¹⁸ No se debe pasar por alto que, esta disposición puede dar lugar a que el destinatario se encuentre en la posibilidad de reputar, en el caso de que haya aplicado un método suficiente para valer como medio para validar la fiabilidad de una firma electrónica, en los términos de lo dispuesto por el artículo 97 del C.Com, el mensaje de datos a un supuesto Emisor, aun cuando de hecho sepa que el mensaje de datos no proviene del mismo.

¹⁷ Ver el artículo 13 de la Ley Modelo.

¹⁸ Ver el inciso a) del numeral 4) del artículo 13 de la Ley Modelo.

Cuando se elaboró la Ley Modelo en que se inspiró el C.Com se estimó que debería aceptarse el riesgo de que se produjera esta situación, con miras a preservar la fiabilidad de los procedimientos de autenticación. En segundo término, si el *destinatario* puede probar que el mensaje proviene del *Emisor* mismo, se debe tener como un mensaje de éste, el que no se podría objetar en cuanto a su autenticidad.

Asimismo, si el mensaje proviene de una persona que debido a la cercanía que guarda con otra le haya dado oportunidad para identificar un *mensaje de datos* como si fuera ésta, el *destinatario* no tendrá derecho a considerar que el mismo proviene de la primera y, en consecuencia, los efectos jurídicos del mensaje se extinguen desde el momento en que sepa o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia o, de haber aplicado algún método de autenticación previamente convenido, que el *mensaje de datos* no provenía del supuesto *Emisor*.¹⁹

Según lo dispuesto por el artículo 95 del C.Com. el *destinatario* tiene también derecho a considerar que cada *mensaje de datos* recibido es un mensaje independiente, a menos que sea la duplicación de otro y que sepa o debiera de saber que el *mensaje de datos* era un duplicado. La cuestión de la autoría del mensaje no precalifica sus consecuencias jurídicas, pues éstas se determinan por la legislación civil o mercantil aplicable a la relación jurídica en cuestión.²⁰

4. *Integridad de la información contenida en un “mensaje de datos”*

La coincidencia del contenido de la información que una parte incorpora en un *mensaje de datos*, con el contenido de la información que recibe la contraparte, es a lo que se le suele denominar integridad.²¹ En términos generales, se puede afirmar que la falta de integridad de la información que se recibe, trae como consecuencia que por el contenido de la misma no quede obligado el autor de la declaración. Si la falta de coincidencia entre la información manifestada y la recibida obstaculiza la formación del acuerdo de voluntades debido a que produce un error sobre la identidad de la cosa objeto del contrato o, sobre la naturaleza del acto jurídico que se propone, el

¹⁹ Ver el inciso b) del Numeral 4) del artículo 13 de la Ley Modelo.

²⁰ Ver artículo 6 del artículo 13 de la Ley Modelo

²¹ El artículo 1834 *bis* del C.Com menciona expresamente a la integridad como un requisito de validez de la forma contractual.

acto sería inexistente —*error obstáculo*—. ²² Cuando la falta de integridad conduce a un error de hecho o de derecho sobre el motivo determinante de la voluntad manifestado en el acto de celebración o, que se infiera de la celebración del contrato, de tal manera que, de haber conocido las verdaderas circunstancias fácticas o el conocimiento de las circunstancias de derecho que motivaron la voluntad, el *destinatario* del mensaje no hubiere contratado o lo hubiera hecho bajo condiciones diferentes, según lo dispuesto por el artículo 1813 del CCF, dicha circunstancia daría lugar a la nulidad de la manifestación de la voluntad. ²³ Sólo en el caso en que la falta de integridad de la declaración llevara a un error referente a circunstancias accidentales del objeto, o de la persona, podría permanecer vigente la declaración. ²⁴

El concepto de integridad de la información que contiene un *mensaje de datos* se encuentra previsto en el artículo 93 del C.Com y del 1834 *bis* del CCF. Sin embargo, dichas disposiciones deberán entenderse a la luz de lo previsto en el artículo 8 de la Ley Modelo debido a que este precepto es más completo y a que en éste se inspiraron aquellas. En dicho artículo 8 de la Ley Modelo ²⁵ se establecen ciertos requisitos para confirmar la integridad de un *mensaje de datos* con el propósito de que el mismo pueda valer jurídicamente como un documento original en papel. Concretamente, el artículo

²² MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2003, p. 94.

²³ *Ibidem*, p. 93-8.

²⁴ *Ibidem*, p. 98.

²⁵ El artículo 8 de la Ley Modelo dispone textualmente lo siguiente:

- 1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:
 - a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma:
 - b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.
- 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.
- 3) Para los fines del inciso a) del párrafo 1):
 - a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación, y
 - b) El grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.
- 4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

8 considera los siguientes elementos: un criterio sencillo como el de la *integridad* de los datos; una descripción de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar esa integridad y; un elemento de flexibilidad, como, por ejemplo, una referencia a las circunstancias. El método que se utilice para evaluar la integridad, debe garantizar que la información que se encuentra consignada en el soporte informático, haya permanecido completa e inalterada desde el momento en que se concluyó de manera definitiva por primera vez,²⁶ incluso, si se estableció en un documento escrito antes de ser traducida a formato electrónico. Sin embargo, la integridad de un documento no se ve alterada por las adiciones necesarias al *mensaje de datos* original, como pueden ser los endosos, certificados, notarizaciones, etcétera. Mientras el contenido de un *mensaje de datos* se encuentre completo y no haya sido alterado, las adiciones que resulte necesario introducirle no afectarán a su calidad de *original*. Así, cuando se añada un certificado electrónico al final de un *mensaje de datos*, con la intención de certificar que es el *original* o, cuando la red informática utilizada inserte automáticamente ciertos datos de transmisión al principio y al final de cada *mensaje de datos* transmitido, esas adiciones se considerarían escritos complementarios adjuntados a un mensaje íntegro.

Además, en el artículo 95 del C.Com se establece una presunción de integridad. Según dicha disposición, cuando el *destinatario* sabe o debe saber que el mensaje proviene del *Emisor*, puede suponer que el mensaje enviado corresponde al recibido. Esto, a menos que supiere o debiere saber de haber actuado con la debida diligencia o, de haber aplicado el método convenido que, el mensaje contiene algún error.²⁷

²⁶ Por cuanto hace al concepto de *el momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva*, empleada en el párrafo 1) a), se debe destacar que la disposición obedece al propósito de tener en cuenta la situación en que la información se hubiese compuesto primero como documento escrito para ser luego transferida a una terminal informática. En este caso, el párrafo 1) a) debe interpretarse en el sentido de exigir seguridades de que la información ha permanecido completa e inalterada desde el momento en que se compuso por primera vez como documento escrito y no solamente desde el momento en que se tradujo a formato electrónico. Sin embargo, cuando se crean y almacenan diversos borradores antes de componer el mensaje definitivo, no hay que interpretar el párrafo 1) a) en el sentido de que exigiera seguridades en cuanto a la integridad de los borradores.

²⁷ Ver párrafo 5 del artículo 13 de la Ley Modelo.

III. FORMACIÓN DEL CONTRATO CUANDO SE HACE USO DE TECNOLOGÍAS ELECTRÓNICAS

1. *Formación del contrato “entre presentes” y “entre ausentes”*

Se habla de *contratos entre presentes* cuando las partes se encuentren en la posibilidad de entablar comunicación de manera directa e inmediata. En cambio, cuando la situación derivada de una ubicación física diferente de las partes sólo les permite entrar en contacto mediante una comunicación diferida en el tiempo que imposibilite una aceptación inmediata por parte de la persona a quien se dirige la oferta, estaremos ante *contratos entre ausentes*.

Una oferta hecha en los términos de ley hace nacer obligaciones a cargo del oferente y derechos en favor de la o las personas a quienes se dirige. A cargo del oferente existe la obligación de respetar y cumplir el contenido de su oferta. Por su lado, la contraparte goza del derecho correlativo de exigir del oferente que cumpla con lo que se comprometió mediante su oferta. El tiempo de vigencia de la obligación jurídica que nace con la propuesta de una oferta depende de dos factores. En primer término, de si se trata de *contratos entre presentes* o, en su caso, de *contratos entre ausentes*. En segundo lugar, de si la oferta se realizó con o sin plazo. Para ofertas relativas a *contratos entre presentes* sin fijación de plazo, la vigencia de la oferta se extingue *si la aceptación no se hace inmediatamente* (artículo 1805 del CCF), sin importar si se le rechaza expresamente o simplemente no se da respuesta a la misma. En el caso de ofertas relativas a *contratos entre ausentes* sin fijación de plazo, el emisor de la oferta queda ligado por el término de tres días, *además del tiempo necesario para la ida y regreso regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la dificultad o facilidad de las comunicaciones* (artículo 1806 CCF).

Cuando una oferta se emite haciendo uso de medios electrónicos, ópticos o, de cualquier otra tecnología, la ley establece una regulación especial para determinar si se trata de *contratos entre presentes*, o bien, *contratos entre ausentes*. Al respecto, el artículo 1805 del CCF precisa que se consideran realizados entre presentes aquellos contratos cuando las partes se comuniquen *a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata*. Este tipo de medios son lo que en el lenguaje de la informática se suele denominar como *medios que permiten una comunicación en*

tiempo real.²⁸ Dentro de éstos se encuentran el *chat* —*Internet Relay Chat IRC*—, la videoconferencia, conexiones telefónicas por Internet, etcétera.²⁹ Así, cuando la oferta y la aceptación se comuniquen utilizando alguno de estos medios electrónicos se considerará que existen los supuestos de un *contrato entre presentes*.

En cambio, de un interpretación *a contrario sensu* de dicha disposición, se puede concluir que cuando para comunicar la oferta y la aceptación se utilizan medios electrónicos que no permitan la comunicación de la declaración de la voluntad en forma inmediata, esto es, cuando para tal efecto se utilizan medios electrónicos que *no permiten una comunicación en tiempo real*, estamos ante un *contrato entre ausentes*. Este sería el caso del correo electrónico. Ante este supuesto, tal y como lo precisa el artículo 1806, la vigencia de la oferta sería de tres días. Sin embargo, cuando se haga uso del correo electrónico, no sería necesario adicionar a estos tres días de la vigencia de la oferta el tiempo para la ida y vuelta del correo público. Esto debido a la velocidad en que opera la transmisión de mensajes electrónicos en la red. No obstante, cuando se utilicen sistemas EDI de poca velocidad se deberá aumentar a los tres días de ley el tiempo necesario para que la oferta llegue al destinatario y el oferente reciba la aceptación.

²⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa, *La formación del contrato en el entorno electrónico y los procedimientos electrónicos de contratación*, en: CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Compiladores), "Estudios sobre contratación internacional" Madrid, COLEX, 2006, p. 568. *En las diferentes modalidades tecnológicas de contratación a distancia (Teléfono, fax, EDI, videoconferencia, correo electrónico, Chat, página web, m-commerce), la línea divisoria no puede situarse ya en el elemento de inmediatez, pues no otorga plena certeza. La clasificación más fiable es aquella que distingue entre tecnologías que requieren la presencia simultánea de ambas partes contratantes (personas físicas o agentes electrónicos) y aquellas que no presuponen esta simultaneidad. Es decir, hemos vuelto a la sincronía y la asincronía que subyacía en la tipología clásica entre ausentes y entre presentes. De este modo, el elemento que nos permite asimilar con naturalidad el intercambio de correo electrónico a contratación por carta, no es esencialmente el elemento temporal (el lapso de tiempo puede ser próximo a la inmediatez) sino la innecesaria presencia simultánea de ambos sujetos de la comunicación. La contratación en el curso de una videoconferencia es de formación instantánea no porque la comunicación sea (o tenga que ser necesariamente) inmediata, pues existe una desfase real por motivos técnicos (streaming), sino por la imprescindible presencia en un mismo momento de ambas partes —presentes en cuanto que su intervención ha de ser (temporalmente) simultánea, aunque distantes espacialmente—.*

²⁹ METER, Kent, *Internet* (trad. José Luis Gutiérrez), Prentice Hall, México, 1998, p. 229 y ss.

2. *Momento en que se considera recibido el mensaje*

Cuando se hace uso de tecnologías electrónicas para manifestar y comunicar la voluntad, se debe establecer el momento a partir del cual se considera por recibida la comunicación electrónica, pues tanto la vigencia de oferta, como el momento en que se forma el contrato se fijan a partir de la recepción del mensaje en que se comunica dicha oferta, o bien, del mensaje en que se comunica la aceptación. Sin embargo, cuando la comunicación electrónica permite contacto *en tiempo real*, esto es, se tiene la oferta hecha entre presentes, la determinación del momento de recepción del mensaje carece de importancia. Esto debido a que, para dicho caso no se hace diferencia entre el momento de expresión y el de comunicación de la voluntad y la aceptación se debe llevar a cabo *inmediatamente*.

En cuanto hace al momento que se considera recibido un mensaje,³⁰ en el artículo 91 del C.Com se distingue el caso en que el *destinatario* haya designado un *sistema de información* o no lo haya hecho.³¹ En el primer caso, se considera que el mensaje se ha recibido en el momento en que entre en el sistema de información designado (artículo 91, fracción I). Por *sistema de información designado* se entiende el sistema que una parte haya establecido de manera expresa para recibir comunicaciones electrónicas. Ni la Ley Modelo ni el C.Com contienen disposiciones concretas sobre el modo de designar un *sistema de información*, ni prevén que puedan efectuarse cambios una vez que el *destinatario* haya designado el sistema. Según la opinión del grupo de trabajo que preparó la Ley Modelo, en que se inspiró el C.Com, la sola indicación de una dirección de correo electrónico o de un número de fax en el membrete de la papelería de la empresa o en otro documento de negocios no se debe considerar como designación expresa de

³⁰ Cabe mencionar que debido a que el Derecho mexicano sigue el sistema de la recepción, para la formación del consentimiento resulta jurídicamente irrelevante la determinación del momento en que se debe considerar enviado un mensaje de datos. Sin embargo, el artículo 91 *bis* del C.Com establece que, como momento en que se debe tener por enviado el *mensaje de datos* vale el momento en el que el mismo entra en un *sistema de información* que no se encuentra bajo el control de su autor. Un *mensaje de datos* entra en un *sistema de información* desde el momento en que puede ser procesado en el mismo. Esto significa que, dicho momento es aquél en el que el correspondiente mensaje es procesado o, por el sistema de un intermediario o, por el sistema del *destinatario* mismo. Técnicamente hablando el concepto de “expedición” hace alusión al comienzo de la transmisión electrónica del *mensaje de datos*.

³¹ LEÓN TOVAR, Soyla; GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo y VÁZQUEZ DEL MERCADO BLANCO, Óscar, *La firma electrónica avanzada*, México, Oxford University Press, 2006, p. 74.

uno o más sistemas de información. Por otra parte, si un *mensaje de datos* no entra al *sistema de información* debido a que el mismo no funciona o, no funciona correctamente, el mensaje no puede considerarse recibido. Cabe mencionar que, ni la Ley Modelo ni el C.Com le imponen al *destinatario* la obligación de mantener su sistema en constante funcionamiento.

La segunda hipótesis establece que, cuando el *destinatario* no ha designado sistema alguno para recibir mensajes, se considera que el mensaje se ha recibido cuando el mismo ingrese en cualquier *sistema de información* del *destinatario* (artículo 91, fracción III).

La tercera alternativa prevista en el artículo 91, fracción II establece que, cuando el mensaje se recibe en un sistema que no es el sistema designado, la recepción del mismo se tiene por hecha cuando el *destinatario* recupere el mensaje.

Adicionalmente, debido a que el uso de los sistemas de acuses de recibo³² en el contexto del comercio electrónico se encuentra muy extendido, en el artículo 92 del C.Com se decidió regular las consecuencias jurídicas de su empleo por cuanto hace a los efectos jurídicos de la información contenida en los *mensajes de datos*.³³ Esta disposición parte del supuesto de que el uso y procedimientos del acuse quedan a la discreción de la iniciativa del *iniciador* o bien al acuerdo entre el mismo y el *destinatario*. De esta forma, los acuses de recibo pueden exigirse en diversos tipos de instrumentos, tales como en los *mensajes de datos*, en acuerdos previos de intercambio electrónicos de datos, o en las *reglas de sistema*. El artículo 92 del C.Com no se propone abordar las consecuencias jurídicas que podrían derivarse del envío de un acuse de recibo, aparte de determinar que se ha recibido el *mensaje de datos*. Tal consecuencia se determinaría con base en lo dispuesto en los artículos 1804 y siguientes del CCF.

Por cuanto a la forma, la Fracc. I del artículo 92 precisa que si no se ha convenido que el acuse se haga de determinada forma, el mismo se tiene por emitido mediante cualquier comunicación u acto del *destinatario*, como pudiera ser, por ejemplo, la expedición de las mercancías como acuse de recibo de un pedido de compra. Sin embargo, el artículo 92 no prevé el supuesto de que el *iniciador* haya solicitado unilateralmente que el acuse

³² Cabe señalar que la noción de *acuse de recibo* se emplea a menudo para abarcar toda una gama de procedimientos, que van desde una simple notificación de la recepción de un mensaje no individualizado a la manifestación de acuerdo con el contenido de un *mensaje de datos* determinado.

³³ Esta disposición se inspiró en el artículo 14 de la Ley Modelo cuyo texto sigue casi literalmente.

de recibo se haga de determinada forma. Esto implica que una solicitud unilateral del *iniciador* relativa a la forma del acuse de recibo no resulte jurídicamente obligatoria y, que el *destinatario* tenga el derecho a acusar recibo mediante cualquier comunicación o acto que sea tenido por suficiente para indicar al *iniciador* que el mensaje ha sido recibido. Esa interpretación de la fracción I hace particularmente necesario que se ponga de relieve la distinción que ha de hacerse, por una parte, entre los efectos de un acuse de recibo de un *mensaje de datos* y, por la otra, la comunicación por la que se responda al contenido de ese *mensaje de datos*.

El artículo 92 del C.Com establece dos posibilidades en cuanto hace a los efectos que puede tener el acuse de recibo sobre el momento en que se puede considerar recibido el mensaje de datos. En primer término, la fracción II establece que cuando el iniciador ha indicado que los efectos del *mensaje de datos* quedan condicionados a la recepción del acuse de recibo, el mensaje no se debe considerar como enviado hasta en tanto no se haya recibido el acuse.

En segundo lugar, la fracción III determina que, si se pide el acuse sin que el *iniciador* indique que el *mensaje de datos* no producirá efectos hasta en tanto no se reciba el acuse, y no recibe dicho acuse en el plazo solicitado o, *en un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio*, el emisor puede fijar un plazo para su recepción, a partir de la fecha en que se dé el aviso. En este caso, de no recibirse dentro de dicho plazo el acuse, el *iniciador* podrá considerar que el mensaje no ha sido enviado y el emisor quedará desvinculado de las obligaciones a que pudiera dar lugar el envío del mismo. En cambio, si el *iniciador* recibe el acuse de recibido, se fundamentara la presunción de que el *destinatario* recibió un mensaje del *iniciador*, aunque no necesariamente el mismo que el *iniciador* le debió haber enviado. Esta norma deberá ser entendida conjuntamente con el artículo 95 del C.Com en el que se enuncian las condiciones que, en caso de cumplirse, permiten al *destinatario* considerar como válido el texto recibido, aun cuando existiera cierta divergencia entre ese texto y el texto del *mensaje de datos* tal como fue expedido.

Finalmente, la fracción IV del artículo 92 prevé que, si el acuse indica que el mensaje cumple con los requisitos técnicos convenidos o establecidos en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que el mensaje cumple dichos requisitos.

3. Vigencia de la oferta en contratos electrónicos “entre ausentes”

De una recta interpretación del artículo 1808 del CCF se desprende que el momento a partir del cual la oferta surte sus efectos es cuando el destinatario la recibe. A partir de dicho momento, según lo dispuesto por el artículo 1806 del CCF, la oferta estará vigente durante tres días más el tiempo que se juzgue bastante... según las distancias o dificultades de las comunicaciones.

Si se interpretan los artículos 1806 y 1808 del CCF conjuntamente con lo dispuesto en los artículos 91 y 92 del C.Com, bien podríamos concluir que cuando se hace uso de tecnologías electrónicas que no permitan que la oferta se exprese de manera inmediata, existirían cinco supuestos para determinar el momento a partir del cual comienza a surtir sus efectos la misma.

En primer lugar, si la oferta se realiza haciendo uso de tecnologías electrónicas y el mensaje se envía al sistema que el destinatario de la oferta ha designado para recibir mensajes del tipo de aquél que se le está remitiendo, la vigencia de la oferta sería de tres días contados a partir del momento en que el sistema del destinatario ingresa el mensaje, o lo que es lo mismo, desde el momento en que dicho sistema del destinatario lo procesa.³⁴ Si por ejemplo, se utilizara el sistema de correo electrónico, ése sería el momento mismo en que el buzón registrara el ingreso del mensaje, con total independencia del momento en que el destinatario de la oferta recuperara el mensaje y lo leyera. No se debe olvidar que para el caso en que el sistema no estuviera en servicio, entre el momento de envío del mensaje por parte del remitente y el momento de la recepción por parte del destinatario pudiera transcurrir un periodo de tiempo muy largo.³⁵ Sin embargo, de no ser éste el caso, la diferencia entre ambos momentos es a lo más de unos minutos y en

³⁴ *Un mensaje de datos entra en un sistema de información desde el momento en que puede ser procesado en ese sistema de información. Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.*

³⁵ *Un mensaje de datos no habría de considerarse expedido si simplemente ha llegado al sistema de información del destinatario, pero sin conseguir entrar en él. Cabe señalar que la Ley Modelo no prevé expresamente el mal funcionamiento de los sistemas de información como base para la responsabilidad. En particular; cuando el sistema de información del destinatario no funciona en absoluto o no funciona en la debida forma, o cuando, aun funcionando debidamente, el mensaje de datos no puede entrar en él (por ejemplo, en el caso de una telecopiadora constantemente ocupada), el mensaje no puede considerarse expedido en el sentido de la Ley Modelo. Durante la preparación de la Ley Modelo, se estimó que no debía imponerse al destinatario, mediante una disposición general, la onerosa obligación de mantener su sistema en constante funcionamiento. Comentario al*

consecuencia, el remitente podría contar con que la vigencia de su oferta se contaría prácticamente a partir del momento en que ha remitido su mensaje con una oferta.³⁶

En segundo lugar, cuando no exista designación de un sistema por parte del destinatario y el mensaje que contenga la oferta se remita a cualquier sistema de información cuyo titular sea el destinatario, la oferta estará en vigor también a partir del momento en que el sistema del destinatario ingresa el mensaje.

En tercer lugar, si la oferta se realiza haciendo uso de tecnologías electrónicas y el mensaje que la contenga se envía a un sistema de información diferente al designado, la vigencia de la oferta sería de tres días a partir del momento en que el destinatario del mensaje recupere el mensaje. Así, si se utilizara el sistema del correo electrónico, los tres días de vigencia de la oferta comenzarían a correr desde el momento mismo en que el destinatario abra el mensaje que previamente haya ingresado a su sistema y haya sido colocado en su buzón electrónico.

En cuarto lugar, en el caso de que el oferente haya solicitado o pactado con el destinatario acuse de recibo que condiciona los efectos del mensaje, la vigencia del mismo comenzará a correr a partir del momento que el emisor del mensaje que contiene la oferta reciba el acuse de recibido por parte del destinatario. Para este caso no importa si hubo o no designación de algún sistema de información por parte del destinatario. Si el emisor no recibe el acuse *dentro del plazo fijado... o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio*, se tendrá por no enviada la oferta.

En quinto término, cuando el oferente haya solicitado o pactado con el destinatario acuse de recibo que no condicione los efectos del mensaje, la vigencia del mismo comenzará a correr hasta en tanto el emisor haya recibido el acuse. Pero en este caso, si no lo recibiera en el plazo solicitado o acordado, el emisor tendrá que conceder un nuevo plazo razonable al destinatario para enviar el acuse.

artículo 15 de la *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*.

³⁶ Si la expedición se produce cuando el mensaje de datos llega al sistema de información del destinatario, la expedición según el párrafo 1) y la recepción según el párrafo 2) son simultáneos. Comentario al artículo 15 de la *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*.

4. La “*invitatio ad offerendum*”

El contrato se perfecciona mediante dos manifestaciones de la voluntad —oferta y aceptación— coincidentes cuyo contenido es la producción de derechos y obligaciones entre las partes. De la oferta se distingue la denominada *invitatio ad offerendum*, esto es, la invitación que realiza alguien para que otro le haga una oferta.

La diferencia entre una oferta y una *invitatio ad offerendum* radica en la obligatoriedad de la declaración de la voluntad. La persona que la realiza condiciona su disposición para obligarse jurídicamente a que la contraparte le proponga una oferta. De esta forma, algunos catálogos sólo muestran los productos que posiblemente se encuentren a disposición para la venta, sin que establezcan el precio, con lo que se espera que quien se encuentre interesado realice una oferta al productor. De esta manera, el productor se ve liberado de encontrarse en una situación de cargar con obligaciones que no podría cumplir o por un número de contratos que no tendría la capacidad de atender. Con este mecanismo, el interesado en concluir un contrato se reserva la facultad de seleccionar con quien, bajo qué condiciones y cuándo quiere obligarse.

Las páginas web que ofrecen productos o servicios para los consumidores regularmente contienen formularios de órdenes de compra que deben ser completados por el consumidor. Muchas de estas páginas están diseñadas para que sea el consumidor el que mediante la orden haga una oferta al titular del portal bajo las condiciones a que lo invita éste. Por tratarse de una *invitatio ad offerendum*, el titular del portal podría modificar los precios de lista o negarse a celebrar un contrato con el consumidor.

El máximo tribunal en materia civil de Alemania el *Bundesgerichtshof* ha decidido que en una subasta en línea, en donde un vendedor en una hoja web establece que acepta como oferta la postura que dentro de un término resulte la más elevada, dicha declaración vale como una auténtica oferta y no como una *invitatio ad offerendum*.³⁷

5. *Momento de formación del contrato en contratos electrónicos* “entre ausentes”

El contrato se forma cuando el consentimiento se perfecciona. Según el sistema adoptado por el C.Com. (artículo 80 C.Com) y por el CCF (artículo

³⁷ BGHZ, 149, 129, 134.

1807) esto sucede en el momento en que el oferente recibe la aceptación —*sistema de la recepción*—. ³⁸ En *contratos entre presentes* sin fijación de plazo, si la aceptación no se realiza de manera inmediata la oferta se extingue. Para este caso, no existe regulación especial cuando se hace uso de medios electrónicos que permiten expresar la oferta y la aceptación en forma inmediata. Otro es el caso de los *contratos entre ausentes* que se celebran haciendo uso de tecnologías electrónicas que no permiten comunicación en tiempo real. En este caso, el momento en que el oferente recibe la aceptación depende del momento en que recibe el mensaje en que se comunica la misma. Conforme a lo previsto en el C.Com, este momento de recepción del mensaje se puede establecer con base en cinco criterios. Según lo dispuesto por el artículo 91 del C.Com existen tres posibilidades para determinar el momento para tener por recibido el *mensaje de datos* que contuviera la expresión de la voluntad de las partes. Además, si se utilizan sistemas de acuses de recibo, en términos de lo previsto en el artículo 92 del C.Com, existen otros dos supuestos más para determinar el momento de recepción del mensaje, según se trate de si el acuse condiciona o no los efectos del mensaje.

Cuando el oferente ha designado un sistema de información para recibir la aceptación, ésta se tendrá por recibida y por lo tanto el contrato se perfecciona en el momento en que el mensaje que sirva para comunicar dicha aceptación ingrese en el sistema de información del peticionante. En el caso de que se utilice el sistema de correo electrónico, éste sería el momento mismo en que el buzón del oferente registrara el ingreso del mensaje, con total independencia del momento en que el destinatario de la aceptación recuperara el mensaje y lo leyera.

Para el caso en que el oferente no haya designado sistema de información para recibir el mensaje que contenga la aceptación, el contrato se perfecciona en el momento en que dicho mensaje ingrese a cualquier sistema de información cuyo titular sea dicho oferente.

Por otro lado, cuando la aceptación se realiza haciendo uso de tecnologías electrónicas y el mensaje que la contiene se envía a un sistema de

³⁸ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Porrúa, 1982, p. 126. La manifestación de voluntad de las partes cuyo contenido es una oferta y una aceptación no necesariamente debe expresarse en un único instrumento. Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte ha establecido: “CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES. En general no es preciso que conste en un solo instrumento, salvo en algún caso en que haya prohibición expresa, excepción que no comprende la venta”. Instancia: Pleno; *Semanario Judicial de la Federación*, Época: Quinta; Pág. 1167.

información diferente al designado por el peticionario, el contrato se tendrá por concluido en el momento mismo en que dicho oferente recupere el mensaje. Así, cuando se utiliza el sistema del correo electrónico, el contrato se concluye en el momento mismo en que el destinatario de la aceptación abra el mensaje que previamente haya ingresado a su sistema y haya sido colocado en su buzón electrónico.

Asimismo, si el aceptante ha solicitado o pactado con el peticionario el uso de acuse de recibo que condiciona los efectos del mensaje, el contrato se perfeccionará en el momento que el emisor aceptante reciba el acuse de recibido por parte del oferente mediante el que notifique la recepción del mensaje que contenga la aceptación de la oferta. Para este caso no importa si hubo o no designación de algún sistema de información por parte de dicho peticionario. De esta forma, si el emisor aceptante no recibe el acuse *dentro del plazo fijado...o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio* se tendrá por no recibida la aceptación y por no perfeccionado el contrato.³⁹

Si en cambio, el aceptante solicitó o pactó con el peticionario acuse de recibo que no condiciona los efectos del mensaje en que se comunica la aceptación, el contrato se perfecciona en el momento mismo en que el aceptante haya recibido el acuse mediante el que se notifique la recepción de su mensaje aceptando la oferta. Pero en este caso, si no recibiera el acuse el aceptante dentro del plazo solicitado o acordado, el emisor de la aceptación tendría que conceder un nuevo plazo razonable al destinatario oferente para enviar el acuse de recepción del mensaje mediante el que se comunica la aceptación.

6. Lugar de celebración del contrato electrónico “entre ausentes”

Como presupuesto necesario para poder determinar en caso de un litigio el tribunal competente y el derecho aplicable resulta necesario establecer cuál fue el lugar donde se tuvo por celebrado el contrato. Debido a que el contrato se perfecciona cuando el peticionario recibe la aceptación, el lugar donde se tiene por celebrado el contrato es el lugar donde el oferente recibe la aceptación. Según el sistema del C.Com el lugar que vale como lugar de recepción de un mensaje no es el lugar físico donde se encuentra el oferente

³⁹ ROJAS AMANDI, Víctor, *Regulación del comercio electrónico en México*, en: “JURÍDICA”, Número 30, Año 2000, p. 403 y 404.

cuando se tiene por recibido el mismo. También resulta irrelevante para el efecto el lugar donde se encuentre la ubicación física de los sistemas de información.⁴⁰ Esto debido a que, no resulta raro que los usuarios de los medios electrónicos y otros medios similares se comuniquen de un país a otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Asimismo, la ubicación de ciertos sistemas de comunicación bien puede modificarse sin que ninguna de las partes tenga noticia del cambio. Por lo mismo, la Ley Modelo, en que se inspiró el C.Com, tiene por objeto dejar constancia de que la ubicación de los sistemas de información es indiferente, para lo cual previó un criterio más objetivo, a saber, el del establecimiento o residencia habitual de las partes.

Siguiendo el criterio de la Ley Modelo, el artículo 94 del C.Com establece como criterio válido para determinar el lugar de expedición y de recepción de un mensaje el del establecimiento de las partes. Si las partes cuentan con varios establecimientos, se tendrá como su establecimiento aquel que guarde la relación más estrecha con la operación subyacente efectivamente realizada y prevista, con lo que se distingue el lugar considerado de recepción y el lugar a donde llegan realmente los *mensajes de datos*. Habiendo varios establecimientos, pero no un negocio subyacente, vale como lugar de recepción el del establecimiento principal del *Emisor* o del *destinatario*. De no haber establecimiento alguno, se tendrá como lugar de expedición o de recepción del mensaje el de residencia habitual del destinatario.⁴¹ De esta forma se asegura que exista un vínculo razonable entre el *destinatario* y lo que se considere el lugar de recepción, y que el *iniciador* o *Emisor* pueda determinar fácilmente ese lugar. Por otra parte, se debe señalar que la distinción entre el lugar de recepción real y legal, se considera apropiada en el contexto de las transmisiones informatizadas y no de otro tipo de comunicaciones electrónicas como podría ser el telex, con lo que el ámbito de aplicación de este principio se limita exclusivamente a transmisiones informáticas de *mensajes de datos*.

⁴⁰ Bien se puede decir que el párrafo 4) de dicho artículo 15 de la Ley Modelo establece meramente una presunción irrefragable sobre un hecho jurídico a la que deberá recurrirse cuando otro cuerpo de leyes (por ejemplo, sobre la formación de contratos o los conflictos de leyes) requiera que se determine el lugar de recepción de un *mensaje de datos*.

⁴¹ Los conceptos de *establecimiento*, *establecimiento principal* y *lugar de residencia habitual* se introdujeron en el texto para armonizarlo con el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

De acuerdo con lo anterior, en el caso que el aceptante utilice tecnologías electrónicas para remitirle su aceptación de la oferta al peticitante, el contrato se tendrá por perfeccionado en el lugar donde éste tenga su establecimiento. Existiendo varios establecimientos comerciales del peticitante, el contrato se tendrá por celebrado en el lugar donde se encuentre el establecimiento del oferente que guarde la *relación más estrecha con la operación subyacente*. Si el oferente cuenta con varios establecimientos, pero no existe operación subyacente, el contrato se tendrá por perfeccionado en el lugar donde se su establecimiento principal. Finalmente, si el peticitante no cuenta con establecimiento alguno, el contrato se tendrá por concluido en el lugar de la residencia habitual del mismo.

III. CONTRATOS *CLICK WRAPS*

1. *Características y validez jurídica de los contratos “click wraps”*

La manifestación de la voluntad haciendo *click* con el *mouse* de la computadora en un ícono o botón que aparezca en pantalla o escribiendo ciertas palabras o frases específicas en sitios web que ofrecen la venta de productos o la prestación de servicios, ha dado lugar a los contratos *click wraps agreements* —también denominados *click through agreements* o, *point and click agreements*—,⁴² tal y como se les ha denominado en el Derecho de los Estados Unidos.⁴³ En virtud que sería imposible que el titular de un sitio de Internet negociara un contrato con cada uno de sus usuarios, se ha optado por colocar los términos y condiciones del contrato en el sitio virtual y soli-

⁴² Los *click wrap agreements* representan una variante de los *shrink wrap agreements*. Al adquirir *software* en tiendas, los consumidores encontraban impresos en el empaque, o bien en un sobre adherido al mismo, los términos y condiciones de la licencia para el uso del mismo. Éstos tradicionalmente incluían una leyenda en los siguientes términos: *Al abrir este empaque o usar el software, usted está obligado por los términos y condiciones de esta licencia*. Este tipo de contratos de licencia adheridos a los empaques de *software* se denominaron *shrink wrap agreements*. La validez de estos contratos resulta dudosa pues el consentimiento que se requiere para la formación de los contratos no se expresa de manera inequívoca, fundamentalmente debido al hecho de que en estos casos el consumidor conoce los términos del contrato después de haber comprado el *software*. Grossman, M., Hift, A.K. y Rothman, R. *Click-Wrap Agreements- Enforceable contracts or wasted words?*, http://becker-poliakoff.com/publications/article_archive/click_wrap.htm (15 de abril de 2005).

⁴³ BUONO, F. M. y FRIEDMAN, J. A.: “Maximizing the Enforceability of *Click-Wrap Agreements*”, *Journal of Technology Law and Policy*, vol. 4, otoño de 1999.

citar a los usuarios que expresen su consentimiento para que ambas partes queden obligadas.

En la literatura y en la jurisprudencia se suelen diferenciar dos tipos de contratos *click wrap*. Por una parte, los denominados *type and click* y, por la otra, los *icon clicking*. En los contratos *type and click*, el usuario debe escribir *acepto* u otras palabras similares en un recuadro que aparece en pantalla y hacer *click* en el botón de “enviar” para manifestar su consentimiento, sin lo cual no podrá acceder al sitio, transferir el *software* o comprar el producto o servicio en cuestión. Se suele señalar que estos contratos proveen mayor protección a las partes pues requieren consentimiento expreso del usuario para obligarse, aunque también es factible que éste cometa algún error al escribir las palabras solicitadas. En el segundo tipo de contratos, el usuario debe hacer *click* en un ícono que contiene la leyenda *OK, I agree*,⁴⁴ *acepto*, *estoy de acuerdo* o alguna similar para manifestar su consentimiento. En este caso también se niega el acceso al usuario si éste no consiente en obligarse. Respecto a la seguridad de estos contratos, es frecuente que el usuario demandado invoque el error como defensa, alegando que no era su intención obligarse en los términos propuestos por la otra parte.

Los *click wrap agreements* se utilizan para varios propósitos. Dentro de éstos encontramos, el acuerdo para establecer los términos para la transferencia y utilización de *software*.⁴⁵ Asimismo, para establecer los *términos de servicio* para acceder a un sitio de Internet o a una parte de éste, por ejemplo, a un *chat* o, a un servicio de mensajes electrónicos. No menos importantes resultan los pactos para la compraventa de bienes y contratación de servicios en línea. También, se suelen usar para imponer limitaciones al uso del sitio o del *software* transferido. Asimismo, cada día son más frecuentes e importantes los contratos de este tipo para facilitar al proveedor de servicios en línea la instauración de un procedimiento judicial en contra de

⁴⁴ PACINE, Carl; ANDREWS, Christine y HILLISON, William, *Contracting in cyberspace*, en: “*CPA Journal*”, marzo 2002, p. 5.

⁴⁵ En la licencia *click wrap* el comprador del *software* inserta un *diskette* o CD para instalarlo en el disco duro de su computadora personal, momento en que se despliega un mensaje que contiene los términos del contrato de licencia o la referencia al material impreso contenido en el paquete del *software*. El usuario deberá hacer *click* en un botón que contiene la leyenda “acepto”, “de acuerdo” o alguna similar para terminar la instalación. Si se rehúsa a aceptar los términos de la licencia, puede regresar el “*software*” al lugar donde lo adquirió. La instalación del *software* constituye la aceptación de los términos del *click wrap*. Grier, R. L. et al. *Uniform Computer Information Transactions Act: Bringing Commercial Law into the 21st Century*, vol. VIII, núm. 1, otoño de 2001, <http://law.richmond.edu/jolt/v8i1/article9.txt>, (10 de mayo de 2005).

los usuarios por violaciones o infracciones al acuerdo. Sirven también para limitar la responsabilidad del proveedor de servicios, por ejemplo, respecto al contenido del sitio.⁴⁶ Muchos contratos de licencia *click wrap* contienen cláusulas de selección de foro, derecho aplicable y limitaciones a la responsabilidad de los contratantes.⁴⁷

El análisis sobre la validez de los *click wrap agreements* y la obligatoriedad de la manifestación de la voluntad propia en este tipo de contratos ha dado lugar a serias controversias y diversidad de criterios en la jurisprudencia de los tribunales en los Estados Unidos. La legitimidad de una declaración de la voluntad realizada dando *click* con el *mouse* de la computadora en el ícono de *acepto* que aparece en un sitio web fue aceptada en el célebre caso *Hotmail Corp v. Van\$ Money Pie, Inc.*⁴⁸ En la página web <https://account-services.passport.net/reg.srf?id=2&sl=1&lc=2058> donde se puede contratar el servicio de correo electrónico *Hotmail* aparece una leyenda que establece: *Al escribir la dirección de correo electrónico y hacer clic en acepto, está aceptando todos los contratos.* Éstos son accesibles mediante una liga o *hiperlink* que aparece al final de la página y establecen los términos y condiciones de uso a que queda sujeto el sistema *e-mail* por parte de los usuarios. De acuerdo con las condiciones de uso prescritas en los contratos, los usuarios quedan impedidos para enviar mensajes comerciales no solicitados —*spam*— y mensajes pornográficos. La empresa *Hotmail* advirtió que ciertos usuarios estaban enviando *spam* a miles de los usuarios del servicio de correo electrónico proporcionado por *Hotmail* y que los mismos falsificaban cuentas o direcciones de *Hotmail* para recibir las respuestas, incluyendo el nombre de dominio y la marca de *Hotmail*, no obstante que de hecho estos mensajes no se originaban en cuentas de *Hotmail*. La Corte determinó que quien manifiesta su consentimiento para contratar un servicio dando *click* con el ratón de la computadora queda obligado también por los contratos previos que establecen los términos y condiciones de uso si esa es la condi-

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ GRIGSBY, J.: *E-commerce and the Law: Implications for the New Economy Entrepreneurs*, http://www.huizenga.nova.edu/jame/ecommerce_files/ecommerce.htm, (10 de mayo de 2005). Spooner, S. J.: "The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act", *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. VII, núm. 3, invierno de 2001, <http://law.richmond.edu/JOLT/v7i3/article1.txt>, (10 de mayo de 2005).

⁴⁸ 1998 U.S. Dist. Lexis 10729; 47 U.S.P.Q.2D (BNA) 1020. Grossman, M., Hift, A.K. y Rothman, R. : "Click-Wrap Agreements- Enforceable contracts or wasted words?". http://becker-poliakoff.com/publications/article_archive/click_wrap.htm. 15/04/2005.

ción que se establece para proporcionar el servicio. Asimismo, en el caso *Register.com vs. Verio, Inc.*,⁴⁹ se consideró válida la leyenda en el sitio de Internet que indicaba que *al enviar esta solicitud, usted acuerda someterse a estos términos*, por lo que efectivamente se había formado un contrato. De igual forma, en el caso de *Storm Impact vs. Software of the Month Club*,⁵⁰ el tribunal sostuvo que la expresa reserva de derechos contenida en el contrato *click wrap* desplegado en pantalla era válida y ejecutable.⁵¹ No fue diferente en el caso *Moore vs. Microsoft Corp.*⁵² pues en el mismo se sostuvo la validez del contrato de licencia contenido en el *software*, en virtud de que el mismo se desplegó en la computadora del usuario antes de que el *software* pudiera ser instalado, además de que se requería la aceptación del usuario haciendo *click* en el ícono “estoy de acuerdo” antes de proceder.

Sin embargo, la aceptación de la validez de los acuerdos *click wrap* se sujeta a ciertas condiciones estrictas. En el caso *pecht vs. Netscape Communications Corp.*⁵³ el demandado intentó hacer efectiva la cláusula arbitral prevista en el contrato de licencia que presuntamente había convenido con *Specht*, pero el tribunal desechó su solicitud en virtud de que se determinó que *Specht* no había expresado su consentimiento en obligarse. Esto debido a que si bien el ícono para la transferencia del *software* se encontraba en la parte superior del correspondiente sitio de Internet, el *link* al contrato de licencia se encontraba en la parte inferior con una leyenda que establecía: *por favor revise los términos y manifieste su consentimiento en obligarse*. Para el tribunal esta frase era simplemente una invitación a leer el acuerdo y no se le notificaba al usuario que al transferir el *software* se estaba obligando conforme al contrato de licencia. No obstante que el demandado alegó que la mera transferencia del *software* implicaba el consentimiento del usuario en obligarse, el tribunal determinó que esto sólo tenía como propósito la obtención de un producto, y no el acuerdo de voluntades.⁵⁴ De igual forma en el caso *Pollstar v. Gigmania* se estableció que, el consentimiento en obligarse conforme al contrato de licencia de *Pollstar*, cuyo *link* aparecía en gris sobre un fondo gris y no estaba subrayado como se acostumbra en Internet

⁴⁹ 356 F.3d 393; 2004 U.S. App. Lexis 1074; 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545.

⁵⁰ 13 F. Supp. 2d 782; 1998 U.S. Dist. Lexis 11789; 48 U.S.P.Q.2D (BNA) 1266.

⁵¹ *Idem*.

⁵² 293 A.D.2d 587; 741 N.Y.S.2d 91; 2002 N.Y. App. Div. LEXIS 3708; 48 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 76.

⁵³ 306 F.3d 17; 2002 U.S. App. Lexis 20714; 48 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 761.

⁵⁴ KUNZ, C. L. *et. al.*: *Click — Through Agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent*, p. 11.

para este tipo de casos, no resultaba válido. Tampoco resulta válido para los adquirentes de *software* que nunca lo instalan, los contratos de licencia contenidos exclusivamente en formato electrónico, ya sea en *diskette* o en CD, debido a que no tienen oportunidad de leerlo y obligarse.⁵⁵

Lo mismo sucede si el contrato de licencia no aparecía en el sitio hasta después de la compra del software.⁵⁶

También se han discutido judicialmente los acuerdos *click wrap* cuando en el contrato que establece los términos y condiciones de uso o la licencia de uso se prevé una cláusula de fuero convencional, en la que se deroga la competencia legal de un tribunal y se pacta la competencia de otro para conocer de futuros conflictos. No obstante que en el caso *Bremen v. Zapata Off Shore Co.* la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos⁵⁷ resolvió que una cláusula del fuero convencional sólo es válida cuando haya sido introducida concientemente por los contratantes y corresponda efectivamente a la voluntad de ellos mismos, en su decisión en el caso *Carnaval Cruise Lines, Inc. V. Shute*⁵⁸ dicho tribunal validó también las cláusulas de este tipo que se incluyen de manera automática si la misma se pone en conocimiento de la contraparte de una manera clara y suficiente. En el caso de *Caspi vs. Microsoft Network*⁵⁹ el tribunal validó la cláusula del fuero convencional aun cuando al actor se le había apresurado para ver una pantalla de computadora de información múltiple, incluyendo los términos de la membresía (contrato) que contienen la cláusula de jurisdicción. No obstante, dicho actor tuvo la opción de dar *click* en el botón de acepto o de no acepto. De esta forma, el tribunal sostuvo que, el actor no había tenido un *poder de negociación*⁶⁰ desproporcionado frente al demandado, pues antes de contratar el servicio en línea de Microsoft, tuvo oportunidad de revisar y firmar el contrato.

Por lo tanto, la selección de foro también era válida en virtud de que no hubo fraude, poder de negociación desigual, no se iba en contra del orden público y no era inconveniente para el buen desarrollo del procedimiento

⁵⁵ *Softman Products Company, LLC vs. Adobe Systems, Inc.*

⁵⁶ *I.Lan Systems, Inc. vs. Netscout Service Level Corp.* *Cyberlaw Update*, <http://telecomm.boisestate.edu/ntcomm405.fall.2003/TextMaterials/ChapterUpdates/ch03.htm>. (10 de mayo de 2005).

⁵⁷ 407, U.S., 8.

⁵⁸ 111S. Ct., 1522 (1991).

⁵⁹ 162 N.J. 199; 743 A.2d 851; 1999 N.J. Lexis 1478.

⁶⁰ *Bargaining power.*

judicial.⁶¹ También en el caso *Forrest vs. Verizon Communications, Inc.*,⁶² se declaró válida la cláusula del fuero convencional cuando se invita a la lectura del contrato y se acepta dando un *click* en el *mouse* de la computadora.⁶³

En el caso *American Eyewear v. Peeper's Sunglasses*⁶⁴ el tribunal llegó incluso a recomendar el uso de los *click wrap agreements* para evitar litigios. De esta forma, la titularidad de un sitio web tiene un efecto potencial de abrir una jurisdicción universal para su titular.⁶⁵ La Corte sostuvo que, el demandado probablemente pudo evitar haberse sometido a la jurisdicción de las Cortes de Texas introduciendo en el formato de orden de compra de su página web, un *click-wrap agreement* que contuviera una cláusula de elección de jurisdicción.⁶⁶

El argumento consistente en que un contrato cuyo consentimiento se realiza mediante la modalidad *click wrap* no es un contrato escrito y por lo mismo es inválido, fue rechazado por el tribunal en el caso *Re Realnetworks, Inc. Privacy Litigation*.⁶⁷

2. Estrategias para evitar disputas judiciales en los *click-wrap agreements*

Tomando en cuenta la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos, tanto el *Grupo de Trabajo en Prácticas Electrónicas de Contratación* de la *American Bar Association* (ABA), como la firma de abogados *Buono & Case* han propuesto varias recomendaciones para asegurar la validez de la manifestación de la voluntad característica en los contratos *click wrap*:⁶⁸ En

⁶¹ DARDEN, L. y Thorpe, C.: "Forming Contracts Over the Internet: *Click-wrap* and *Browse-wrap Agreements*", en: *Law and the Internet*, Georgia State University, primavera de 2003, http://gsulaw.gsu.edu/lawand/papers/su03/darden_thorpe/, (10 de mayo de 2005).

⁶² 805 A.2d 1007; 2002 D.C. App. Lexis 509.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ 106 F. Supp. 2d 895; 2000 U.S. Dist. Lexis 6875.

⁶⁵ Una página web activa es aquella que permite suministrar información para registrarse. Una página web pasiva simplemente permite acceder a la información que contiene.

⁶⁶ GROSSMAN, M., Hift, A.K. y ROTHMAN, R., *op. cit.*

⁶⁷ 2000 U.S. Dist. Lexis 6584. Grossman, M. *et. al.*: "*Click — Wrap Agreements — Enforceable Contracts or Wasted Words?*", http://www.becker-poliakoff.com/publications/article_archive/click_wrap.htm (10 de mayo de 2005).

⁶⁸ BUONO, F. M. y FRIEDMAN, J. A.: "*Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements*", en: "*Journal of Technology Law and Policy*", vol. 4, otoño de 1999. Case,

primer lugar, se puede recomendar que el contrato y sus términos permanezcan visibles y accesibles para el usuario, por lo que el *link* que remita al contrato de términos de uso o de licencia debería encontrarse en un lugar y formato visible considerando el color de letra, el fondo de la pantalla y el subrayado de las palabras. En segundo término, las palabras en que se formula el contrato deberán redactarse en términos concisos, sencillos y fáciles de entender para los consumidores, tratando de evitar una terminología legal complicada⁶⁹ y utilizando un tipo de letra legible. Asimismo y como tercera recomendación debe exigirse al usuario que revise el contrato antes de que pueda acceder al sitio, transferir el *software*, comprar el producto o contratar el servicio en cuestión; por esto no es recomendable colocar el botón de *acepto* o el recuadro que requiere la aceptación al principio del contrato, sino hasta que el usuario haya tenido oportunidad de leerlo detenidamente y a su propio ritmo, sin que se establezca un límite de tiempo para su lectura.

En cuarto término, sería recomendable presentar al usuario una especie de resumen final de la transacción antes de su aceptación final, permitiéndole, en su caso, corregir los errores que hubiere cometido.⁷⁰ Por lo mismo, como quinta recomendación debería darse la opción al usuario de terminar el proceso antes de la firma del contrato, con el propósito de evidenciar el hecho de que el consentimiento del usuario fue otorgado de manera voluntaria y consciente. En sexto lugar, el usuario deberá expresar su consentimiento de manera indubitable haciendo *click* en el botón de *acepto*, junto al cual también debería aparecer el botón de *rechazo* o *no acepto*, o bien, escribiendo *acepto* en el recuadro que para tal efecto se incluya en el contrato, debiéndose negar acceso al sitio para el caso de rechazo por parte del usuario. En séptimo término, el proveedor de servicios en línea debe notificar expresamente al usuario y/o adquirente de *software*, producto o servicio de su sitio, que se sujetará a los *términos y condiciones* previstos en el contrato *click wrap*, advirtiéndole las consecuencias legales de su aceptación o rechazo.⁷¹ Como octava recomendación, el proveedor debería solicitar que después de que el usuario exprese su consentimiento complete una forma en la que se incluya la leyenda de que la utilización del sitio, del

D. E.: *Common Mistakes Made by Licensors in Administering Click-Wrap Agreements*, en: "Syracuse Law and Technology Journal", Syracuse University College of Law, primavera de 2003.

⁶⁹ *Vid.* el precedente de Rudder (1999).

⁷⁰ KUNZ, C. L. *et. al.*: "Click — Through Agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent", p. 16.

⁷¹ *Ibidem*, p. 15.

software transferido o del producto o servicio adquirido se regirán por los términos del contrato *click wrap* que el usuario aceptó. En noveno lugar, el usuario debe tener la posibilidad de imprimir o guardar electrónicamente el contrato, así como de consultarlo posteriormente. En décimo lugar, se debería establecer en el contrato *click wrap* una cláusula que establezca el derecho aplicable y el tribunal competente para posibles conflictos futuros. Finalmente, sería aconsejable contar con un registro electrónico de la fecha, hora y modo de aceptación del usuario como evidencia en un procedimiento judicial.⁷²

V. CONCLUSIONES

1. La conclusión de contratos haciendo uso de tecnologías exige una reformulación de las soluciones legales que se han diseñado para resolver los problemas tradicionales. Esto básicamente a que las comunicaciones electrónicas se efectúan en condiciones de anonimato y de poca seguridad.

2. En una época en donde las tecnologías de la comunicación —telégrafo, teléfono, e-mail, fax, etcétera— se han hecho de uso frecuente, el Derecho ha reconocido como auténticas manifestaciones de la voluntad las que se dan a conocer mediante las mismas.

3. En el Derecho mexicano no basta para la validez jurídica de una voluntad suficiente para integrar el consentimiento que la misma se exteriorice o manifieste, sino que se requiere la comunicación de la misma. Ésta supone por lo menos la posibilidad de que el destinatario tenga la posibilidad de tomar conocimiento de la misma. Esto puede suceder de dos formas según se trate de una propuesta u oferta entre personas presentes o bien de una policitud entre personas no presentes o ausentes.

4. Tanto el artículo 1803 fracción I del CCF como el artículo 80 del C.Com reconocen que el uso de *medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología* son un medio válido para manifestar la voluntad en los contratos sin que se condicione su validez a la existencia de un acuerdo previo.

5. En el Derecho mexicano se acepta una manifestación de la voluntad que realiza un sistema automatizado de datos (artículo 90, fracción III del C.Com).

⁷² RIBAS ALEJANDRO, J.: *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, 2a. ed., Navarra, Aranzadi, 2003, p. 102.

6. El artículo 90 del C.Com establece cuatro supuestos para determinar la autoría de un mensaje. En primer término, el mensaje se debe atribuir a su autor real cuando ha sido enviado por el propio *Emisor*. En segundo término, si se utilizan *medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor*, se debería atribuir el mismo a éste, independientemente de quién haya sido la persona que realmente lo envió. En tercer lugar, se atribuye al *Emisor* un mensaje cuando el mismo se envía *por una persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese Mensaje de Datos*. Finalmente, también cabe atribuir a un *Emisor* la autoría del mensaje que se haya enviado por un *sistema de información* programado por él, o en su nombre, para operar de manera automática.

7. El concepto de integridad de la información que contiene un *mensaje de datos* se encuentra previsto en el artículo 93 del C.Com y del 1834 bis del CCF, disposiciones éstas que se deben entender conjuntamente con el artículo 8 de la Ley Modelo. Esta disposición considera los siguientes elementos: un criterio sencillo como el de la *integridad* de los datos; una descripción de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar esa integridad y; un elemento de flexibilidad, como por ejemplo, una referencia a las circunstancias. El método que se utilice para evaluar la integridad, debe garantizar que la información que se encuentra consignada en el soporte informático, haya permanecido completa e inalterada desde el momento en que se concluyó de manera definitiva por primera vez, incluso si se estableció en un documento escrito antes de ser traducida a formato electrónico. La integridad de un documento no se ve alterada por las adiciones necesarias al *mensaje de datos* original, como pueden ser los endosos, certificados, notarizaciones, etcétera. Mientras el contenido de un *mensaje de datos* se encuentre completo y no haya sido alterado, las adiciones que resulte necesario introducirle no afectarán a su calidad de *original*. Así, cuando se añada un certificado electrónico al final de un *mensaje de datos*, con la intención de certificar que es el *original* o, cuando la red informática utilizada inserte automáticamente ciertos datos de transmisión al principio y al final de cada *mensaje de datos* transmitido, esas adiciones se considerarían escritos complementarios adjuntados a un mensaje íntegro.

8. El artículo 1805 del CCF considera realizados entre presentes aquellos contratos en que las partes se comuniquen “a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata”. Este tipo de medios son lo que en el lenguaje de la informática se suele denominar como “medios que permiten una comunicación en tiempo real”. Dentro de estos se encuen-

tran el “chat” —“Internet Relay Chat” IRC—, la videoconferencia, conexiones telefónicas por Internet, etcétera. Para este caso la oferta se extingue en sus efectos si el destinatario de la misma no la acepta inmediatamente.

9. De una interpretación a *contrario sensu* del artículo 1805 del CCF, se puede concluir que cuando para hacer del conocimiento la oferta y la aceptación se utilizan medios electrónicos que no permitan la comunicación de la declaración de la voluntad en forma inmediata, esto es, cuando para tal efecto se utilizan medios electrónicos que *no permiten una comunicación en tiempo real*, tal y como sería el caso del correo electrónico, estamos ante un contrato *entre ausentes*. Para este supuesto, según lo dispone el artículo 1806 del CCF, la vigencia de la oferta sería de tres días.

Cuando se haga uso del correo electrónico, no sería necesario adicionar a estos tres días de la vigencia de la oferta el tiempo para la ida y vuelta del correo público. Esto debido a la velocidad en que opera la transmisión de mensajes electrónicos en la red. No obstante, cuando se utilicen sistemas EDI de poca velocidad se deberá aumentar a los tres días de ley el tiempo necesario para que la oferta llegue al destinatario y el oferente reciba la aceptación.

10. En cuanto hace al momento que se considera recibido un mensaje, en el artículo 91 del C.Com se distingue el caso en que el *destinatario* haya designado un *sistema de información* o no lo haya hecho. En el primer caso, se considera que el mensaje se ha recibido en el momento en que entre en el sistema de información designado (artículo 91, fracción I). La segunda hipótesis establece que, cuando el *destinatario* no ha designado sistema alguno para recibir mensajes, se considera que el mensaje se ha recibido cuando el mismo ingrese en cualquier *sistema de información* del *destinatario* (artículo 91, fracción III). La tercera alternativa prevista en el artículo 91, fracción II establece que, cuando el mensaje se recibe en un sistema que no es el sistema designado, la recepción del mismo se tiene por hecha cuando el *destinatario* recupere el mensaje. Asimismo, el momento de recepción del mensaje podría alterarse cuando se utiliza algún sistema de acuse de recibo. En primer término, la fracción II del artículo 92 del C.Com establece que cuando el iniciador ha indicado que los efectos del *mensaje de datos* quedan condicionados a la recepción del acuse de recibo, el mensaje no se debe considerar como enviado hasta en tanto no se haya recibido el acuse. En segundo lugar, la fracción III de dicho artículo 92 determina que, si se pide el acuse sin que el *iniciador* indique que el *mensaje de datos* no producirá efectos hasta en tanto no se reciba el acuse, y no recibe dicho acuse en el plazo solicitado o, *en un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del*

negocio, el emisor puede fijar un plazo para su recepción, a partir de la fecha en que se dé el aviso. En este caso, de no recibirse dentro de dicho plazo el acuse, el *iniciador* podrá considerar que el mensaje no ha sido enviado y el emisor quedará desvinculado de las obligaciones a que pudiera dar lugar el envío del mismo.

11. Existen cinco supuestos para determinar el momento a partir del cual comienza a surtir sus efectos una oferta que se comunica por medios electrónicos que no permitan una comunicación en tiempo real. En primer lugar, si la oferta se realiza haciendo uso de tecnologías electrónicas y el mensaje se envía al sistema que el destinatario de la oferta ha designado para recibir mensajes del tipo de aquél que se le está remitiendo, la vigencia de la oferta sería de tres días contados a partir del momento en que el sistema del destinatario ingresa el mensaje. En segundo lugar, cuando no exista designación de un sistema por parte del destinatario y el mensaje que contenga la oferta se remita a cualquier sistema de información cuyo titular sea el destinatario, la oferta estará en vigor también a partir del momento en que el sistema del destinatario ingresa el mensaje.

En tercer lugar, si la oferta se realiza haciendo uso de tecnologías electrónicas y el mensaje que la contenga se envía a un sistema de información diferente al designado, la vigencia de la oferta sería de tres días a partir del momento en que el destinatario del mensaje recupere el mensaje. Así, si se utilizara el sistema del correo electrónico, los tres días de vigencia de la oferta comenzarían a correr desde el momento mismo en que el destinatario abra el mensaje que previamente haya ingresado a su sistema y haya sido colocado en su buzón electrónico. En cuarto lugar, en el caso de que el oferente haya solicitado o pactado con el destinatario acuse de recibo que condiciona los efectos del mensaje, la vigencia del mismo comenzará a correr a partir del momento que el emisor del mensaje que contiene la oferta reciba el acuse de recibido por parte del destinatario. Para este caso no importa si hubo o no designación de algún sistema de información por parte del destinatario. Si el emisor no recibe el acuse *dentro del plazo fijado... o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio* se tendrá por no enviada la oferta. En quinto término, cuando el oferente haya solicitado o pactado con el destinatario acuse de recibo que no condicione los efectos del mensaje, la vigencia del mismo comenzará a correr hasta en tanto el emisor haya recibido el acuse.

Pero en este caso, si no lo recibiera en el plazo solicitado o acordado, el emisor tendrá que conceder un nuevo plazo razonable al destinatario para enviar el acuse.

12. Las páginas web que ofrecen productos o servicios para los consumidores regularmente contienen formularios de órdenes de compra que deben ser completados por el consumidor. Muchas de estas páginas están diseñadas para que sea el consumidor el que mediante la orden haga una oferta al titular del portal bajo las condiciones a que lo invita éste. Por tratarse de una *invitatio ad offerendum*, el titular del portal podría modificar los precios de lista o negarse a celebrar un contrato con el consumidor.

13. En los *contratos entre ausentes* que se celebran haciendo uso de tecnologías electrónicas que no permiten comunicación en tiempo real el momento en que se tiene por perfeccionado el consentimiento se determina de cinco formas. En primer lugar, cuando el oferente ha designado un sistema de información para recibir la aceptación, ésta se tendrá por recibida y por lo tanto el contrato se perfecciona en el momento en que el mensaje que sirva para comunicar dicha aceptación ingrese en el sistema de información del peticionante. En segundo término, para el caso en que el oferente no haya designado sistema de información para recibir el mensaje que contenga la aceptación, el contrato se perfecciona en el momento en que dicho mensaje ingrese a cualquier sistema de información cuyo titular sea dicho oferente. En tercer lugar, cuando la aceptación se realiza haciendo uso de tecnologías electrónicas y el mensaje que la contiene se envía a un sistema de información diferente al designado por el peticionante, el contrato se tendrá por concluido en el momento mismo en que dicho oferente recupere el mensaje. En cuarto lugar, si el aceptante ha solicitado o pactado con el peticionante el uso de acuse de recibo que condiciona los efectos del mensaje, el contrato se perfeccionará en el momento que el emisor aceptante reciba el acuse de recibido por parte del oferente mediante el que notifique la recepción del mensaje que contenga la aceptación de la oferta. Finalmente, si el aceptante solicitó o pactó con el peticionante acuse de recibo que no condiciona los efectos del mensaje en que se comunica la aceptación, el contrato se perfecciona en el momento mismo en que el aceptante haya recibido el acuse mediante el que se notifique la recepción de su mensaje aceptando la oferta. Pero en este caso, si no recibiera el acuse el aceptante dentro del plazo solicitado o acordado, el emisor de la aceptación tendría que conceder un nuevo plazo razonable al destinatario oferente para enviar el acuse de recepción del mensaje mediante el que se comunica la aceptación.

14. Cuando el aceptante utilice tecnologías electrónicas para remitirle su aceptación de la oferta al peticionante, el contrato se tendrá por perfeccionado en el lugar donde éste tenga su establecimiento. Existiendo varios establecimientos comerciales del peticionante, el contrato se tendrá por celebrado en el

lugar donde se encuentre el establecimiento del oferente que guarde la *relación más estrecha con la operación subyacente*. Si el oferente cuenta con varios establecimientos, pero no existe operación subyacente, el contrato se tendrá por perfeccionado en el lugar donde se su establecimiento principal. Finalmente, si el peticionante no cuenta con establecimiento alguno, el contrato se tendrá por concluido en el lugar de la residencia habitual del mismo.

15. La manifestación de la voluntad haciendo *click* con el *mouse* de la computadora en un ícono o botón que aparezca en pantalla o escribiendo ciertas palabras o frases específicas en sitios web que ofrecen la venta de productos o la prestación de servicios, ha dado lugar a los *click wraps agreements* —también denominados *click through agreements* o, *point and click agreements*—, tal y como se les ha denominado en el Derecho de los Estados Unidos.

16. La validez de una declaración de la voluntad realizada dando *click* con el *mouse* de la computadora en el ícono de *acepto* que aparece en un sitio web fue aceptada por los tribunales de los Estados Unidos en los casos: *Hotmail Corp v. Van Money Pie, Inc*; *Register.com vs. Verio, Inc*; *Storm Impact vs. Software of the Month Club* y *Moore vs. Microsoft Corp*.

17. Sin embargo, en varios casos los tribunales de los Estados Unidos no han reconocido los *click wraps agreements*. En el caso *Specht vs. Netscape Communications Corp*. Desconoció el acuerdo debido a que si bien el ícono para la transferencia del *software* se encontraba en la parte superior del correspondiente sitio de Internet, el *link* al contrato de licencia se encontraba en la parte inferior con una leyenda que establecía: *por favor revise los términos y manifieste su consentimiento en obligarse*. Para el tribunal esta frase era simplemente una invitación a leer el acuerdo y no se le notificaba al usuario que al transferir el *software* se estaba obligando conforme al contrato de licencia. En el caso *Pollstar v. Gigmania* se estableció que, el consentimiento en obligarse conforme al contrato de licencia de *Pollstar*, cuyo *link* aparecía en gris sobre un fondo gris y no estaba subrayado como se acostumbra en Internet para este tipo de casos, no resultaba válido.

18. En los casos *Carnaval Cruise Lines, Inc. V. Shute*; *Caspi vs. Microsoft Network*; *Forrest vs. Verizon Communications, Inc.* se declaró válida la cláusula del fuero convencional establecida en el contrato de términos y condiciones uso.

19. Dentro de las recomendaciones más importantes que dan el *Grupo de Trabajo en Prácticas Electrónicas de Contratación* de la *American Bar Association* (ABA), como la firma de abogados *Buono & Case* encontra-

mos que el contrato y sus términos permanezcan visibles y accesibles para el usuario en un lugar y formato visible considerando el color de letra, el fondo de la pantalla y el subrayado de las palabras; que las palabras en que se formula el contrato se redacten en términos concisos, sencillos y fáciles de entender para los consumidores; que el consumidor pueda expresar su consentimiento de manera indubitable haciendo *click* en el botón de *acepto*, junto al cual también debería aparecer el botón de *rechazo* o *no acepto*; que el proveedor de servicios en línea notifique expresamente al usuario y/o adquirente de *software*, producto o servicio de su sitio, que se sujetará a los *términos y condiciones* previstos en el contrato *click wrap*, advirtiéndole las consecuencias legales de su aceptación o rechazo; que se establezca en el contrato *click wrap* una cláusula que determine el derecho aplicable y el tribunal competente para posibles conflictos futuros y que se cuente con un registro electrónico de la fecha, hora y modo de aceptación del usuario como evidencia en un procedimiento judicial.