

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO DE
FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS
CONTRATOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

HÉCTOR VELLY VARGAS CRUZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

Página

AGRADECIMIENTOS INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO Los hechos jurídicos

1.1. Planteamiento	1
1.2. Los hechos humanos.....	1
1.3. Los hechos materiales o de la naturaleza.....	2
1.4. La hipótesis normativa o supuesto jurídico	3
1.5. La voluntad en el hecho jurídico.....	5
1.5.1. Teoría francesa o bipartita del hecho y acto jurídico.	6
1.5.1.1. Hecho jurídico en sentido estricto.....	6
1.5.1.1.1. Hecho voluntario lícito.....	7
1.5.1.1.2 Hecho voluntario ilícito	7
1.5.1.2. Acto jurídico	8
1.5.1.2.1. Acto jurídico unilateral.....	10
1.5.1.2.2. Acto jurídico bilateral o plurilateral	10
1.5.2. Teoría tripartita alemana del hecho, acto y negocio jurídico.....	11
1.5.2.1. Hecho jurídico en sentido estricto.....	11
1.5.2.2. Acto jurídico strictu sensu	12
1.5.2.3. Negocio jurídico como especie del acto jurídico	13
1.5.3. Diferencias y Similitudes entre ambas teorías.....	15
1.5.4. La fuerza y validez de ambas teorías en la actualidad.	17
1.5.5. Precisiones sobre la concepción de acto jurídico	19
1.5.5.1. El proceso volitivo según Duguit.....	19
1.5.5.2. La clasificación de Acto Jurídico según Duguit.....	22
1.5.6. La regulación del acto jurídico en el Código Civil del Distrito Federal.....	23

CAPÍTULO SEGUNDO Los medios electrónicos

2.1. El nuevo paradigma	25
2.2. La vaguedad del término <i>electrónico</i>	25
2.3. Tecnologías de la información y comunicación.....	28
2.4. La Sociedad de la Información.....	30
2.5. La red Internet	32
2.6. Comercio electrónico, mensaje de datos y firma electrónica	34
2.7. Mensaje de datos	37
2.7.1. Mensaje de datos y equivalente funcional	42

CAPÍTULO TERCERO

La teoría de la autonomía de la voluntad

3.1. Planteamiento	45
3.2. Elementos	46
3.3. Las manifestaciones de la teoría de la voluntad	49
3.4. La autonomía de la voluntad y el hecho jurídico	51
3.5. Distinción entre libertad contractual y libertad de contratar	52
3.6. Su importancia en la época actual	54

CAPÍTULO CUARTO

La declaración unilateral de la voluntad

4.1. Definición	60
4.2. Su carácter de fuente general de obligaciones	61
4.3. Clases de declaración unilateral de la voluntad	61
4.3.1. Oferta al público	63
4.3.1.1. Elementos de la oferta	64
4.3.1.2. Doble reglamentación de la oferta	66
4.3.1.3. La fuerza vinculante de la oferta	67
4.3.1.4. Requisitos de la oferta	68
4.3.2. La Oferta Electrónica	69
4.3.2.1. Beneficios y limitaciones de la oferta electrónica	72
4.3.2.2. Oferta definitiva del contrato por medios electrónicos	73

CAPÍTULO QUINTO

El proceso de conformación del consentimiento en los actos jurídicos

5.1. Planteamiento	76
5.2. El Consentimiento	77
5.2.1. Diversas acepciones del término consentimiento	77
5.2.2. Formas de configuración del consentimiento	79
5.3. La voluntad – aceptación	79
5.3.1. Requisitos	80
5.4. Plazo concedido por el oferente para aceptar	81
5.5. Precisiones	82
5.6. Formas de configuración del consentimiento	83
5.7. La forma electrónica de consentir	88
5.8. Los principios de desmaterialización y de equivalencia funcional	89
5.9. Teorías sobre la configuración del consentimiento	96

CAPÍTULO SEXTO

La etapa precontractual

6.1. Fase Precontractual	102
6.2. Elementos definitorios de la fase precontractual.....	105
6.3. Su ubicación en la clasificación de Gutiérrez y González	105
6.4. El artículo 1834 bis del CCF	106
6.5. Los tratos preliminares a través de medios electrónicos.....	107
6.6. La perfección de los contratos por medios electrónicos	110
6.7. El contrato electrónico. Definición	114
CONCLUSIONES	118
BIBLIOGRAFIA	121

A mis padres, por todo lo que nos hemos disfrutado mutuamente.

A mis hermanas, por su cariño.

**A la pléyade de prójimos que iluminan mi vida, Dios incluido
en cada uno de ellos.**

**Un agradecimiento especial a las organizaciones civiles con las que he
compartido mis sueños, a sus directivos, por creer en mí y apoyarme.**

Al sinnúmero de médicos que velan por mi salud.

*“...otros lo atribuyen a razones diferentes, acaso aceptables; pero ésta me
gusta más”.*

BOCCACCIO

INTRODUCCIÓN

La utilización de las nuevas tecnologías de comunicación e información surgidas con el desarrollo de la informática y la telemática y su aplicación en el ámbito legal como medio de expresión de la voluntad en los contratos son una realidad en nuestro país, a manera de ejemplo podemos señalar que se ha vuelto común el envío de mensajes por correo electrónico para ofertar o aceptar un contrato, también la configuración del consentimiento a partir del intercambio de documentos vía fax en la contratación de bienes y servicios de cualquier índole entre consumidores y proveedores y además la utilización de diversos aditamentos tecnológicos como tarjetas inteligentes, teléfonos celulares, computadoras, agendas electrónicas, etc. El estudio de dichos medios desde el punto de vista legal como elementos perfeccionadores de la voluntad necesaria para crear actos jurídicos brinda la oportunidad de elaborar cuestionamientos sencillos, pero exige profundas conclusiones, es decir, va desde plantearse la utilidad de la contratación a través de medios electrónicos hasta medir su nivel de certidumbre jurídica, pasando por los nuevos contextos socio-culturales en los que se mueven los particulares, que ciertamente inciden en la expresión de su voluntad; además, queda el desconcierto de si en algún momento se puede establecer o medir con exactitud el alcance de estas herramientas telemáticas y la idoneidad para expresar una clara y real intención de voluntad, y no sólo eso, sino que sea además una intención encaminada a generar consecuencias de Derecho, es decir, que contenga todos los elementos de una voluntad jurídica. Por tanto, se pone de manifiesto el interés primordial del Derecho de vigilar que la utilización de estos nuevos medios no sean un riesgo latente para perpetuar la de por sí injusta imposición unilateral en los contratos por parte de los más favorecidos, y que vea por la preservación de la buena fe como principio fundamental del Derecho, entre otros principios merecedores de tutela.

Escogimos hablar de la manifestación de voluntad jurídica por medios electrónicos por el papel fundamental que consideramos juega en nuestro momento histórico y analizar así hacia dónde se dirige la contratación y si con el surgimiento de las nuevas tecnologías las tesis expuestas en años previos hoy se hacen imprescindibles: ¿será tan sólo un formalismo – el contrato- para la consecución de bienes en donde la voluntad se soslaya a tal grado que se hará innecesaria en ciertos actos jurídicos? ¿Estaremos ante la presencia de una voluntad artificial generada por sistemas electrónicos? ¿Cómo entender pues esta nueva forma de manifestación de voluntad? y, por último, cabría también preguntarnos si un incremento en su utilización tendría o no alguna reacción trascendental en la conformación de los actos jurídicos.

Nos parece correcto afirmar que la manifestación de voluntad se sitúa en el nuevo contexto de la contratación por medios electrónicos de manera irregular o incompleta, debido a diversos factores, entre los que destacan por un lado la incertidumbre jurídica que despiertan, y por otro, el que la esfera de derecho privado –principalmente el derecho civil- no ha regulado aun todo el espectro del fenómeno telemático que permita conceder a la manifestación de voluntad expresada por esos medios validez jurídica plena sin que surjan dudas sobre la legalidad y seguridad de la misma, el ejemplo más claro lo tenemos en la legislación civil para el Distrito Federal, la cual ha hecho caso omiso de esta forma de contratación, en tanto que en otras legislaturas estatales esto ya ha pasado por un proceso legislativo y culminado en ley.

Por ello, es imperante dar una revisión al marco normativo actual, el cual hemos de recordar es producto de movimientos sociales que derivaron en el establecimiento del llamado Derecho social, que no es una nueva rama del Derecho, sino un conjunto de normas de protección en determinados casos concretos y se caracteriza por una intervención estatal de equilibrio a favor del más débil, en el que podemos encontrar, entre otros, al Derecho agrario, laboral o del consumidor, surgiendo éste último para evitar que las cláusulas contractuales sean impuestas unilateralmente por los productores y

vendedores a los adquirentes de bienes de consumo para uso propio¹, llamados consumidores, que a su vez realizan la función de ser la limitante a la voluntad de los particulares en la realización de determinados actos jurídicos. Intentaremos encontrar en estos preceptos legales algunos modelos que nos permitan entender mejor el cauce y restricciones que deben ser aplicadas ante la posible ola que los contratos por medios electrónicos pudieran generar, ya que dichos preceptos juegan un papel muy importante al crear figuras de regulación, en el marco de sus facultades, para evitar abusos hacia los consumidores, trabajadores o particulares, todo ello en aras de entender desde una óptica contemporánea, principios como el de justicia y de la real voluntad de las partes.

Por otro lado, también observamos que la expresión de la voluntad a través de las nuevas tecnologías coexiste con el permanente discurso de la crisis del contrato, lo cual a nuestro parecer incide en la ya desgastada discusión en torno a la utilidad de los contratos que se viene dando desde mediados del siglo pasado. De continuar con esta tendencia, aunado a las posibles controversias que puedan surgir respecto a la expresión de voluntad por medios electrónicos o telemáticos, será urgente hacer un balance de la reglamentación actual en torno a ambos fenómenos y coadyuvar así a clarificar la incertidumbre generada.

El presente estudio es, por lo tanto, una búsqueda por desentrañar el alcance y funcionamiento de las nuevas tecnologías en cuanto a su utilización por parte de los particulares para la expresión de su voluntad, las cuales hemos de agregar son el elemento clave para el análisis de la nueva forma de contratación por medios electrónicos o telemáticos, pues, dependiendo el tipo de contrato, su regulación o la libertad que el ordenamiento jurídico conceda a los particulares para su utilización, permitirá en determinados casos acceder,

¹CAS, Gérard *El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras*, tomado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/art/art7.htm>, visto el 10 octubre del 2007.

mediante la correcta expresión de la voluntad, a la configuración del consentimiento.

El objetivo que se persigue con el análisis de los elementos arriba indicados es hacer patente la misión del legislador -y en general del estudioso del Derecho- de prever, ante el fenómeno creciente de la contratación por medios electrónicos, certeza jurídica y claridad para medir el alcance de estos nuevos medios de expresión de la voluntad que permitan crear una atmósfera amigable, segura y libre de obstáculos que logre insertar al país en lo que se ha dado por llamar la '*sociedad de la información*', asimismo para acortar los estragos de la llamada '*brecha digital*' y también para permitir a cualquier individuo el manejo y la utilización de estas nuevas tecnologías; en otras palabras, afrontar esta nueva realidad sin perder de vista los principios del Derecho: preservar la Justicia, la protección al más débil y el bien común.

Hablar de contratación por medios electrónicos o telemáticos es, por lo tanto, motivo para voltear la vista hacia un contexto diferente, que resulta retador debido a las nuevas interrogantes que aporta y en ese sentido exige respuestas por parte de los jurisconsultos; un tanto por el rezago en el que se ha quedado el profesional del Derecho en comparación con otras profesiones como la Ingeniería, la Ciencia Política o la Economía, así como por el hecho de que este nuevo contexto social-cultural requiere una mayor revisión desde el punto de vista jurídico.

La presente tesis aborda un mismo concepto jurídico desde diferentes ángulos: el concepto de voluntad jurídica en diversas facetas y puntos de vista. El capítulo primero está dedicado a las teorías más relevantes en cuanto a expresión de voluntad y su regulación se refieren; el capítulo segundo trata el fenómeno de la llamada '*sociedad de la información*' el cual va ligado al uso de tecnología como motor de las nuevas formas de organización social y productiva, que brinda la percepción de '*cuasi-inmediatez*' a los procesos en la mayoría de sus vertientes (comunicación, industrialización, producción, entre otros) este nuevo paradigma, por lo cual es la plataforma en la que se sustenta la nueva forma de contratación por medios electrónicos, en la cual

‘desaparecen’ obstáculos como el de tiempo y lugar, entre otros; mientras que el capítulo tercero se refiere a la teoría de la autonomía de la voluntad, en el cual hacemos una crítica respecto a su valor y alcance en la actualidad; a su vez, la voluntad como elemento para la conformación del consentimiento se estudia en el capítulo cuarto y, por último, en el capítulo quinto y sexto, hacemos una revisión del rol que juega la voluntad cuando es externada a través de medios electrónicos con el fin de crear obligaciones.

La voluntad, según su definición en el diccionario de la Real Academia Española, es ‘la facultad de decidir y ordenar la propia conducta’, refleja un querer, una intención, un deseo que se produce desde lo más profundo del ser en su esfera psicológica, desde la conciencia, y desemboca en un hecho material, se objetiviza -que para efecto de nuestro estudio jurídico debemos entender que es exteriorizado y relevante para la Ciencia Jurídica- por lo cual, estamos entonces hablando no sólo de la voluntad sin apellido, sino de la voluntad jurídica, por lo cual hacemos hincapié en la necesidad de ir diseccionando los elementos de esta voluntad y sus etapas desde la concepción primigenia hasta la completa expresión material de la misma y las consecuencias jurídicas que le son aplicadas dependiendo su reconocimiento o no en el orden jurídico.

Tema también relevante en este estudio es el de las teorías de la conformación del contrato entre ausentes, la cual se analiza en el capítulo quinto, pues, insistiendo en lo dicho en párrafos precedentes, la rapidez y el alcance de receptores que tienen estas nuevas formas de comunicación-información hacen necesario abrir el debate respecto de cuándo y en qué momento se hace eficaz un mensaje y este a su vez se coloca en la hipótesis prevista por la norma jurídica, es decir, ¿en qué momento se entiende o se da por entendida una persona receptora de un mensaje por medios electrónicos de la oferta que le dirigen?. Analizaremos las soluciones que se le han dado a partir de la inclusión de los medios electrónicos como forma de manifestar la voluntad y daremos nuestro punto de vista.

Queremos analizar a la autonomía de la voluntad desde la concepción que de ella se tiene en el código civil para el Distrito Federal (CCDF) y de ahí partir para fortalecer algunas imprecisiones generadas en otros ordenamientos legales, pues, a final de cuentas, dado el principio de supletoriedad, las normas de derecho común son la base primigenia, de donde dicha teoría es originaria; esto permite afianzar la idea de que se deben contemplar bases sólidas respecto al principio de autonomía de la voluntad que permitan suplir la vaguedad o deficiencia que en otras legislaciones –mercantil, laboral, administrativa, etc.- se generen y además para pugnar por la idea, aunque decimonónica en veces, de la unificación del derecho de las obligaciones.

Es por ello que consideramos hacer su estudio partiendo del derecho civil, para de ahí indagar sobre su desarrollo e importancia en otros ordenamientos y escudriñar su valor en la época actual.

CAPÍTULO PRIMERO

Los hechos jurídicos

1.1. Planteamiento

Las diversas manifestaciones culturales y sociales de los seres humanos a través del tiempo son la fuente y el motor del Derecho; el cambio de paradigmas de las sociedades, como por ejemplo el paso del feudalismo a la industrialización, la caída del bloque socialista, el avance científico y tecnológico a partir del descubrimiento del código genético, y la nanotecnología, por citar algunos, han permitido la evolución de instituciones como la propiedad, el contrato, el matrimonio, entre otras muchas figuras jurídicas, lo que nos demuestra que el Derecho está en constante evolución, pues no en balde se dice que “el Derecho no es estático”.

Esto es así porque las conductas de los seres humanos importan al Derecho y para regular dichos comportamientos se han creado las normas jurídicas, que a la par del Derecho como ciencia, sufren en veces un radical cambio con el fin de estar a la vanguardia y regular con mayor eficacia lo que, de estar aconteciendo de manera incorrecta, debe de evitarse y lo que no se quiere que suceda nunca, se evite.

Ahora bien, es importante aclarar que no toda conducta humana importa al Derecho, sino sólo aquella que es trascendental para la vida en sociedad, aquella que repercute en la esfera del individuo y que permea la esfera pública o de terceros y que está llamada a generar un impacto en mayor o menor escala individual o colectivo.

1.2. Los hechos humanos

Existen hechos –acontecimientos, conductas, manifestaciones- del ser humano que importan al Derecho por la trascendencia que generan en el mundo material, a los que se les conoce como hechos jurídicos, por ejemplo el reconocimiento de un hijo, el nacimiento, la muerte, etc.; y hechos que por carecer de una regulación en una norma jurídica se les denomina hechos

ajurídicos, como son el acto de dormir, de leer, de bañarse o de afeitarse, entre muchos otros. Huelga explicar, por lo que respecta a los hechos ajurídicos, que en algunas ocasiones y por diversas circunstancias los mismos pudieran encuadrarse como actos llenos de juridicidad, ello debido a que una norma jurídica regule –lo que a nuestro parecer es absurdo pero no imposible– aspectos tan íntimos del ser humano como los de dormir, leer o bañarse: piénsese por ejemplo en que dichos actos se hagan contrariando una normatividad vigente en un determinado régimen de gobierno: que el que se pretenda dormir sea un vigilante cuya obligación es estar despierto más de 18 horas continuas en un día; que el documento a leer sea catalogado como privado y por lo tanto el lector del mismo se haga acreedor a una pena; o que, debido a la escases del liquido vital agua, una delegación en el Distrito Federal prohíba a sus habitantes el bañarse por lapsos superiores a los 5 minutos. En tales casos, estaríamos ante lo ya explicado en párrafos anteriores: siempre que la conducta sea trascendental para la vida en sociedad y repercuta en la esfera del individuo permeando la esfera pública o de terceros, está llamada a generar un impacto en mayor o menor escala individual o colectivo que es imperante regular a través de una norma jurídica.

1.3. Los hechos materiales o de la naturaleza

Otro aspecto objeto de regulación legal son los fenómenos naturales, no tanto por el hecho mismo de que sucedan, sino por los efectos que producen, los cuales también están incluidos en la clasificación de hechos jurídicos en sentido amplio -un terremoto puede producir catástrofes en las vías de comunicación; la explosión de un volcán puede generar la declaración de desastre natural; el aluvión modifica el derecho real de propiedad al acrecentar la superficie de un terreno, la avulsión en contra, genera un detrimento en dicho derecho; el simple paso de los meses obliga a considerar un huso horario distinto, etcétera-. Dichos fenómenos repercuten en la esfera de los particulares y en el ámbito público y debido a eso el Derecho también les confiere consecuencias jurídicas, por lo tanto, no sólo la conducta humana es generadora de consecuencias de Derecho, sino que también ciertos

acontecimientos de la naturaleza; así tenemos otro elemento que nos permite concluir que se entiende por hecho jurídico a los acontecimientos del hombre o de la naturaleza reconocidos por la norma jurídica.

Con la anterior explicación tenemos que existen hechos jurídicos (en su sentido más genérico) que se crean a partir de acontecimientos del hombre o de la naturaleza; y hechos ajurídicos, que por no estar regulados en una norma jurídica no se les asigna ninguna consecuencia y por lo tanto no son valorados por el Derecho; ésta es, a nuestro parecer, la primera clasificación a partir de la cual se desprenden las demás que iremos comentando.

Nos parece importante en esta parte citar la definición que del hecho jurídico hace DOMINGUEZ MARTINEZ, con lo cual consideramos se da por completa la explicación en torno a esta primera clasificación: "... Hecho jurídico... todo suceso, cuya procedencia puede ser humana o material, productor de consecuencias de Derecho, consistiendo estas últimas en la creación, transmisión, modificación y extinción de facultades y deberes, reconocidos, por una norma de rango jurídico."²

1.4. La hipótesis normativa o supuesto jurídico

¿Cómo es que se da el nexo entre las conductas o fenómenos y las normas jurídicas que les asignan una consecuencia jurídica? hemos de responder que cuando el acontecimiento del ser humano deja de ser un mero pensamiento y toma vida a través de la conducta, genera entonces un hecho, un acto concreto cuyo resultado puede o no estar previsto en una norma jurídica, y si existe un supuesto para su conducta, al ligarse ambos, producen una consecuencia jurídica, una relación necesaria, es decir, se entiende a ambos elementos como los componentes integradores de la norma jurídica, pero que proceden de diversas fuentes, una es el resultado de la maquinación psicológica producida en el interior de una persona que es manifestada en el mundo real a través de la conducta, la otra es una hipótesis previamente establecida en una norma

² **DOMINGUEZ MARTINEZ** Jorge Alfredo. *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*. 3ra Edición, Porrúa, México, 1982. pág. 14.

jurídica y ambas convergen en un momento y espacio determinado para dar vida a la consecuencia de derecho. Por lo que respecta a los hechos de la naturaleza ocurre algo similar al darse tales fenómenos pues en la medida que se encuentren regulados en una norma jurídica detonarán las consecuencias de derecho que dicho cuerpo normativo prevea. Como ejemplo del primer caso podemos señalar el hecho de acudir a una tienda de autoservicio y tomar alguno de los productos ofertados, al llegar a la caja y presentar una tarjeta de crédito para pagar el producto se genera la aceptación de dicha oferta con la consecuente obligación de pagar el precio cierto y en dinero, amén de las obligaciones contraídas por el aceptante de la oferta y la institución que le expidió la tarjeta de crédito a su favor. El ejemplo en cita por lo tanto tiene diversos supuestos jurídicos de los cuales sólo mencionaremos algunos: por un lado hay una oferta que conlleva la consecuencia de que quien la hace está obligado a sostenerla por un determinado tiempo (artículo 1804 CCDF); al ser aceptada dicha oferta –de manera tácita al presentar el comprador su tarjeta plástica como forma de pago ante el cajero de la tienda- la consecuencia es que se configura el consentimiento (artículo 1803 CCDF) y por lo tanto se perfecciona la compraventa (artículo 2249 CCDF). En lo que respecta al segundo caso, un terremoto, una inundación, un huracán o un ciclón pueden generar un siniestro cuya hipótesis normativa está prevista en la Ley General de Protección Civil y de adecuarse a la misma, una de las consecuencias jurídicas más importantes será expedir la declaratoria de desastre natural (artículo 32 Ley General de Protección Civil) para apoyar a las personas perjudicadas por dicho fenómeno. Esto infiere entonces la existencia de dos elementos, por un lado el acontecimiento del ser humano o el fenómeno de la naturaleza y por el otro su adecuación a una norma jurídica.

No obstante, como comentábamos en lo referente a los hechos ajurídicos, puede ocurrir que ese acontecimiento, ese actuar u omitir, por sí mismo no produzca consecuencias jurídicas, o incluso, hay un elemento adicional a tener en cuenta, como bien señala DOMÍNGUEZ MARTINEZ "...puede darse el caso de que un mismo hecho sea un acontecimiento ajurídico porque un orden determinado no le atribuya consecuencias de derecho y sin embargo, por producirlas conforme a este orden, ser jurídico para éste, al reconocer tal carácter precisamente por asignarle consecuencias de esa

calidad”. “...Debemos admitir, por otra parte, -indica el autor- la posibilidad de que dos hechos objetivamente idénticos pueden acontecer y al analizarlos en su individualidad, desprender de dicho análisis que por determinadas circunstancias sólo uno de ellos produzca consecuencias jurídicas debido al singular reconocimiento llevado a cabo por la norma de Derecho”.³ Con lo cual entendemos que las singularidades con las que se llevan a cabo los hechos pudieran en algún momento revestir o no a los mismos de juridicidad.

1.5. La voluntad en el hecho jurídico

El estudio de la voluntad y sus efectos jurídicos corresponde única y exclusivamente a los hechos generados por el ser humano, y en ese sentido diremos que la voluntad –evitando el pleonasma de llamarle “humana”- es un factor determinante para una clasificación más elaborada de los hechos jurídicos; es decir, la presencia del elemento voluntad en la realización de un determinado hecho tiene diferente matiz o injerencia: puede no ser trascendental para la determinación de consecuencias o, por el contrario, ser factor fundamental para la realización del hecho pero no del nacimiento de las consecuencias jurídicas y, por último, puede darse el caso de que la intervención de la voluntad sea no sólo la realizadora del acontecimiento, sino también la creadora de las consecuencias jurídicas⁴.

Por tanto, la mecánica en la que se desenvuelve la voluntad y sus diferentes momentos o matices han sido estudiados ampliamente por la doctrina por lo que se han elaborado teorías que estudian a los hechos jurídicos, en donde el elemento voluntad es el común denominador que, conforme a las características con las que se va manifestando, va graduándose en mayor o menor intensidad con el objetivo de encuadrar de manera correcta la expresión de la misma, para asignarle las consecuencias de derecho a que se hace meritoria.

Para analizar este concepto de hecho jurídico y por ende su naturaleza, consecuencias y subespecies, así como sus efectos, se han elaborado la teoría

³ **DOMÍNGUEZ MARTINEZ**, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. 8va. Edición. Porrúa. México, 2000, pág. 498 y 499

⁴ **DOMÍNGUEZ MARTINEZ**, Jorge Alfredo, *Derecho Civil Parte General*, op.cit. Pág. 501.

francesa o bipartita y la teoría alemana o tripartita, entre otras, siendo éstas las de mayor importancia por ser las que han influido en nuestra legislación; la primera clasifica en dos categorías a los supuestos de hecho; y la segunda, como su nombre lo indica, los divide en tres, y a nuestro parecer es más precisa y tiene un mayor rigor técnico en sus conceptos que la primera.

1.5.1. Teoría francesa o bipartita del hecho y acto jurídico.

Se llama bipartita por dividir los supuestos de hecho o hechos jurídicos amplios en dos sub-categorías: hecho jurídico en sentido estricto y acto jurídico. Es la que sustenta nuestra legislación y por ende la mayoría de los tratadistas nacionales hacen referencia a ella.⁵

1.5.1.1. Hecho jurídico en sentido estricto

Es todo acontecimiento cuyo origen puede ser la voluntad o los sucesos naturales que producen consecuencias de derecho, entendiendo como tales la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones. Dentro de este concepto cabe todo tipo de acontecimiento generador de efectos jurídicos, cualquiera que fuere su origen.

La nota característica es que, de darse la intervención del ser humano, esta se da sin la intención de crear consecuencias jurídicas.

Se subdivide en hechos de la naturaleza, materiales o involuntarios y hechos voluntarios o del hombre.

En la segunda subdivisión, la de los hechos voluntarios, se encuentran los acontecimientos que producen consecuencias de derecho y en la cual la voluntad interviene en diversos matices pero sin querer las consecuencias que se originan. A su vez se divide en a) hechos en sentido estricto voluntarios lícitos y b) hechos en sentido estricto voluntarios ilícitos. La primera comprende a los cuasicontratos y la segunda a los delitos y los cuasidelitos.

⁵ No obstante, es importante dejar acotado que un amplio sector de la doctrina, como el caso del maestro ORTIZ-URQUIDI, ha permitido y fomentado la incursión del negocio jurídico, en fechas más recientes con DOMÍNGUEZ MARTINEZ, BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO y BEJARANO, entre otros, se refuerza este movimiento.

1.5.1.1.1. Hecho voluntario lícito

Es el acontecimiento generado por el hombre que produce consecuencias jurídicas; como ya dijimos, la doctrina clásica ubica en esta subcategoría a los cuasicontratos, pero también a la gestión de negocios y el pago de lo indebido. Se requiere hacer notar que estos hechos no alcanzan el nivel de contratos, por lo que se quedan en la categoría de casi contratos debido a que la teoría francesa no les reconoce, a pesar de que pudieran generarse de facto, la existencia de un acuerdo de voluntades generador de efectos jurídicos; más bien, dichos efectos proceden de la ley.

Es así que nos ilustra BONNECASE: “En los contratos, el consentimiento de las partes contratantes es lo que produce la obligación; en los cuasicontratos, no interviene consentimiento alguno, y es la ley sola o la equidad natural lo que produce la obligación, al hacer obligatorio el hecho de donde resulta. Es por eso que esos hechos son llamados cuasicontratos, ya que sin ser contratos, y menos delitos, producen obligaciones como los contratos. – Todas las personas, aun los niños y los dementes, que no son capaces de consentimiento, pueden, por el cuasicontrato que resulta de un hecho ajeno, quedar obligadas para con su autor y obligar a éste en favor de ellas, pues no es el consentimiento el que forma esas obligaciones, puesto que se contraen por el hecho de otra persona sin hecho alguno de nuestra parte.”⁶

1.5.1.1.2 Hecho voluntario ilícito

Es el acontecimiento originado por el ser humano que produce consecuencias jurídicas, no obstante que la voluntad de quien lo realiza desee o no las consecuencias. Generalmente la producción de estos hechos hace que nazca, en contra de quien los realiza, el deber de indemnizar el daño que se causa. Aquí se encuentran clasificados, como indicamos, los delitos y los cuasidelitos, los primeros también conocidos como delitos dolosos o intencionales en los cuales se desea el acto, pero no las consecuencias; y los segundos, también conocidos como culposos, en los cuales no se desea realizar el hecho y por ende tampoco se quieren las consecuencias.

⁶ **BONNECASE**, Julián. *Elementos de Derecho Civil, Tomo II*, Trad. José M. Cajiga Jr. Ed. José M. Cajiga Jr. Puebla, México, 1945. Pág. 215.

Traemos de nueva cuenta a colación las ideas del profesor de la Universidad de Burdeos, quien indica al respecto lo siguiente: “Se llama delito el hecho por el cual una persona, por dolo o malignidad, causa perjuicio o daño a otra. El cuasidelito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, pero por una imprudencia que no es excusable, causa daño a otro. Los delitos o cuasidelitos difieren de los cuasicontratos en que el hecho de donde resulta el cuasicontrato es un hecho permitido por las leyes, en tanto que el hecho que forma el delito o cuasidelito es un hecho penado”.⁷

Tanto los hechos jurídicos en sentido estricto como sus clasificaciones indicadas conciben la actuación del ser humano con o sin su voluntad, pero en ninguno de los casos es relevante la intención con que dicha voluntad se presenta, esa es la nota característica de esta parte de la teoría francesa: la ley ya ha predispuesto sobre las consecuencias.

1.5.1.2. Acto jurídico

El acto jurídico es definido por el ampliamente citado maestro BONNECASE como la “...manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o, por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una regla de derecho.”⁸

De la definición anterior GUTIERREZ Y GONZALEZ⁹ distingue dos elementos esenciales: a) el psicológico, voluntario o personal, y b) el formado por el Derecho objetivo. “Por ello –indica- un efecto de Derecho no se producirá, en ausencia de cualesquiera de esos elementos. Si falta la voluntad, no se puede producir el efecto por el sólo Derecho objetivo; y por el contrario si falta éste, el Derecho objetivo, aunque se dé la voluntad, tampoco se producirá el acto, porque en este caso el Derecho no le reconoce efectos jurídicos. (...) De aquí resulta que el acto jurídico es *la conducta del ser*

⁷ **Ibídem.** Op. Cit. Pág. 216.

⁸ **Ibídem.** Op. Cit. Pág. 223.

⁹ **GUTIÉRREZ Y GONZALEZ**, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, 13ª. Edición, Ed. Porrúa, México. 2001. p. 161.

humano...en que hay una manifestación de voluntad con la intención de producir consecuencias de derecho siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los efectos deseados por el autor.” Definición que refuerza lo ya comentado respecto a que la ley debe reconocer la manifestación de voluntad para estar en aptitud de asignarle a dicha manifestación la calidad de acto jurídico.

En un sentido similar nos indica ORTIZ-URQUIDI que: “...debemos tomar en cuenta lo que tradicionalmente se ha entendido, dentro de la doctrina francesa adoptada en México, como acto jurídico ... una manifestación de voluntad hecha con el primordial propósito –objeto- de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones o situaciones jurídicas concretas. Lo que quiere decir que para clasificar a los actos jurídicos hay que tomar en cuenta dos puntos de vista: a) el de las voluntades –número de ellas- que intervienen en su formación, y b) el de las consecuencias que producen, o sea el del objeto perseguido por esa voluntad o voluntades¹⁰.”

Hemos de hacer notar que en la cita anterior el autor hace injerencia en el número de voluntades y además no indica categóricamente que la voluntad se tenga que someter a las disposiciones legales previamente establecidas, pero se infiere de las consecuencias que producen pues, de no darse las mismas, para el Derecho serían actos ajurídicos o meros hechos jurídicos sin comprender en ellos la lógica correlación causa-efecto, esto es, que exista concordancia, entre la voluntad y la ley, de crear consecuencias jurídicas y que dichas consecuencias sean reconocidas.

Es importante por lo tanto resaltar el número de voluntades y el binomio voluntad-consecuencia regulada, el cual ya fue analizado con detalle al inicio de este capítulo.

Por lo que respecta a una de las tantas clasificaciones que podemos citar para explicar los actos jurídicos, diremos que éstos pueden ser unilaterales o bilaterales (o mejor dicho plurilaterales¹¹), los primeros exigen

¹⁰ ORTIZ-URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil Parte General*. Ed. Porrúa, México, 1982, p. 247.

¹¹ En este sentido concuerdan BORJA SORIANO, GUTIERREZ Y GONZALEZ, y ORTIZ-URQUIDI, aunque es éste último el que expresa a detalle su razón: “los actos pueden ser unilaterales o plurilaterales, ... a estos últimos también se acostumbra llamarlos bilaterales,

solamente una voluntad y los segundos el concurso de voluntades y en el siguiente inciso las explicamos con más detenimiento.

1.5.1.2.1. Acto jurídico unilateral

Es aquel en el que para su formación se requiere de una sola voluntad, o varias, pero concurrentes a un mismo fin. No importa el número de voluntades que intervengan, sino la identidad de efectos jurídicos que se buscan; por ejemplo, en tratándose de dos acreedores de un sólo deudor y respecto de una misma deuda; en este caso, ambos acreedores pueden hacer remisión, y aún habiendo dos voluntades, habrá un acto jurídico unilateral, porque ambas intenciones están dirigidas exactamente a la misma meta: perdonar como acreedores a su deudor.¹²

1.5.1.2.2. Acto jurídico bilateral o plurilateral

En esta clase de actos existe siempre la voluntad de dos o más personas que tienen intereses diversos, y al armonizarlos, al concursar ambos intereses concurriendo sus voluntades, que conservan su propio interés, se da nacimiento al consentimiento.

De todo lo anterior podemos concluir que en esta etapa de la teoría francesa la voluntad adquiere una importancia mayor a la que se le concede en los hechos jurídicos en sentido estricto, y, acorde a su desenvolvimiento, sólo pueden ser considerados actos jurídicos aquellas expresiones concretas de voluntad reconocidas con un grado superior y encaminadas a generar consecuencias jurídicas, es decir, que se realizan porque se desea su

porque generalmente, y aun siendo varias las voluntades ... lo cierto es que en realidad son dos partes (...)Sin embargo, hay actos en que este agrupamiento no es posible. Por ejemplo: diez, quince, veinte o más personas que constituyen una sociedad y en cuyo caso indudablemente que cada una de ellas representa intereses propios y no de grupo o parte. Por donde resulta que es mejor hablar de actos plurilaterales y no simplemente de actos bilaterales o sinalagmáticos como lo hacen los franceses". op. cit p. 247

¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto., op,cit. P. 162.

resultado y por ende deben ser lícitas, pues el Derecho no concibe en ningún momento la posibilidad de atribuirle consecuencias jurídicas, a como el autor del acto considere, siendo estos ilícitos.

1.5.2. Teoría tripartita alemana del hecho, acto y negocio jurídico

Al igual que en la teoría francesa, el hecho jurídico en sentido amplio es cualquier acontecimiento natural o humano productor de consecuencias jurídicas; pero se subdivide en hecho, acto y negocio, con lo que podemos percatarnos que es tan sólo un detalle lo que la distingue y a su vez es ese detalle la gran diferencia.

1.5.2.1. Hecho jurídico en sentido estricto

Atenderemos para su estudio a lo que expresa, en primer termino, PUGLIATTI quien lo define así: “Se designan como hechos jurídicos todos los hechos naturales o humanos que producen consecuencias jurídicas. El hecho jurídico está pues, constituido por la síntesis de un doble elemento: el hecho natural o humano (elemento material) y la calificación proveniente del ordenamiento jurídico (elemento formal).”

“Se consideran como hechos (simplemente) naturales todos los que, aun con relación al hombre, no dependen de su actividad; de tal manera que deben clasificarse en esta categoría: un terremoto, una inundación, un incendio, y también el nacimiento y la muerte del hombre”.¹³

Por su parte, TRABUCHI nos indica que: “Los hechos jurídicos se distinguen fundamentalmente en naturales y humanos. Los primeros son aquellos que no dependen de la voluntad del hombre: nacimiento, muerte, enfermedad, naufragio, incendio, parto de un animal, fructificación de una planta. Los segundos, denominados actos humanos son los realizados por un sujeto de derecho, como el contrato o el acto de violencia.”

“Por algunos de sus efectos jurídicos también ciertos actos pueden ser considerados como simples hechos naturales, en cuanto se prescinde de la causa voluntaria que los produce

¹³ PUGLIATTI, Introducción al Estudio del *Derecho Civil*, trad. Esp. A la 2ª ed. It, México, 1943, citado en DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil Parte General*, op. cit. pág 504.

y se atiende únicamente a la circunstancia objetiva del evento realizado: como tal podemos considerar, por ejemplo, a los efectos del crédito del asegurado contra la compañía de seguros, la muerte de una persona causada violentamente por un tercero.”¹⁴

En síntesis, y como lo señala DOMÍNGUEZ MARTINEZ, estamos, en esta subclasificación, ante una distinción fundamental que tiene como objeto designar a los hechos jurídicos en estricto sentido como aquellos acontecimientos donde no interviene la voluntad del hombre, sino única y exclusivamente la naturaleza, es decir, son actos materiales involuntarios como ya quedó dicho de las transcripciones de PUGLIATTI y TRABUCHI. Esta es pues la única diferencia trascendental de la misma clasificación pero en su versión francesa, en la cual, en nuestra opinión, sí se concibe la posibilidad de que exista la voluntad pero sin la intención de generar consecuencias jurídicas. En tanto que en ésta, a decir de la manera en que se concibe el hecho jurídico en sentido estricto, por parte del autor aquí citado, no es viable ninguna aceptación de la voluntad.

1.5.2.2. Acto jurídico strictu sensu

Esta categoría, a la que se llama de los actos jurídicos, tiene a su vez dos subespecies: el acto jurídico en sentido estricto o *stricto sensu* y el negocio jurídico, al respecto PEREZ FERNADEZ DEL CASTILLO OPINA: “...en las doctrinas alemana, italiana y en la actual española, el acto jurídico se subdivide en actos jurídicos stricto y negocios jurídicos. El primero de estos es un acto jurídico rígido, pues toda la conducta del sujeto está prevista en forma rigurosa por la ley. Por ejemplo cuando un tutor acepta el cargo, su actividad se regula estrictamente por la norma jurídica; no se discute el tipo de garantía que va a otorgar, cuándo va a rendir cuentas, etcétera. El segundo, o sea, el negocio jurídico, es un acto jurídico flexible, toda vez que el sujeto tiene un amplio campo de autoregulación dentro del marco legal. Como ejemplos podemos mencionar el testamento, el contrato de asociación, las capitulaciones matrimoniales, etcétera, en los que la ley permite que los sujetos construyan sus propias normas...”

... el término negocio jurídico se debe a los pandectistas y puede definirse como la facultad jurídica que tienen las personas de autodeterminarse¹⁵”.

¹⁴ Citado en DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil Parte General* op. cit. pág. 505.

Analizaremos la primera de estas especies para después estudiar al negocio jurídico.

Al igual que en la teoría francesa, el acto jurídico es un “... acontecimiento voluntario al que el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias a actualizarse por su verificación...el autor de un acto se limita simplemente a realizarlo y la plena intervención de la voluntad en su verificación es suficiente para que la ley le atribuya los efectos en ella establecidos”¹⁶.

Es pertinente remitirnos en este apartado a las ideas y comentarios ya vertidos en torno al acto jurídico desde el punto de vista de la teoría francesa, pues sólo varía en lo ya comentado.

1.5.2.3. Negocio jurídico como especie del acto jurídico

Según DE PABLO¹⁷, son muchas las definiciones que se han intentado para el negocio jurídico, lo que ha permitido su evolución y precisión. Así, las primeras definiciones consideraron al negocio jurídico como una declaración de voluntad privada que se propone perseguir un fin jurídico, y en la actualidad se le puede considerar como “...*el supuesto de hecho que se constituye como una expresión de la autonomía de la voluntad por una manifestación de voluntad, lícita, unilateral o plurilateral, directa e inmediatamente encaminada a la producción de efectos jurídicos consistentes en la creación, modificación, transmisión o extinción de relaciones jurídicas y de normas jurídicas entre las partes, efectos y normas que surgen y se producen porque el derecho objetivo considera a la expresión de voluntad digna de tutela*”¹⁸.

Esta clasificación generada por el pandectismo alemán es la que enriquece a la doctrina bipartita, sustentada principalmente en el alcance que se le da a la autonomía de la voluntad, la cual, aun sin ser desconocida en

¹⁵ **PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO**, Bernardo. *Contratos Civiles*. 10ª. Edición. Editorial Porrúa, México. 2004. Pág. 4

¹⁶ **DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ**, Jorge Alfredo. *Derecho Civil Parte General* op. cit. pág. 505

¹⁷ **DE PABLO**, Carlos. op.cit., p. 58

¹⁸ **Ibidem**. Op. Cit. Pág. 54.

ambas concepciones teóricas, rectifica ciertas apreciaciones en torno a la presencia de la voluntad y la posibilidad que tiene para crear derecho objetivo.

En contraste con la doctrina francesa, DE PABLO nos expone los dos errores que el negocio jurídico subsana: el primero y más importante es considerar impotente la voluntad en el campo jurídico para crear normas de derecho objetivo, desconociendo con ello la realidad cotidiana y la práctica jurídica; el segundo estriba en la falta de rigor técnico de la doctrina francesa, consistente en la indebida clasificación y ubicación de la figura del cuasicontrato.¹⁹

Al respecto, CISNEROS FARIAS comenta lo siguiente: "...aun cuando en el cuasicontrato se sabe lo que se está realizando y se hace de manera libre y de buena fe, no existe voluntad precisa de crear determinadas consecuencias y, por la forma de presentación de esta etapa, los hechos no se consideran actos jurídicos quedándose en la pre etapa conocida como cuasicontratos... En estos casos la voluntad se mueve entre la moral, entre hacer el bien, pero no está claramente definida, por lo que la norma le reconoce 'otras' consecuencias precisas que tal vez el autor no deseó, de ahí que el cuasicontrato oscila entre un acto jurídico y un hecho jurídico, ambos lícitos..."²⁰

Para DOMINGUEZ MARTINEZ, el negocio jurídico es un verdadero acto de autonomía privada, que hace efectivos, para la calificación legal de ciertos acontecimientos, usos cuya aplicatoriedad es preferente a la de la propia ley y que permiten un campo considerable de actuación, limitada únicamente a lo no lícito²¹.

¹⁹ "...tomando en cuenta que como consecuencia del cuasicontrato a algunos de los involucrados en él se les producen consecuencias jurídicas sin que medie su voluntad, como en el caso de quien recibe el pago de lo indebido que queda obligado a devolver y el del gestionado que queda obligado a pasar por la gestión, en otros cuasicontratos es evidente la voluntad de quien los produce de que se originen las consecuencias jurídicas, como cuando el que acepta la herencia, que desde luego quiere ser reconocido como heredero y asumir todo lo que ello significa. En consecuencia el cuasicontrato, cuando menos el que constituye la aceptación de herencia, debió haber sido catalogado no como hecho, sino acto jurídico." DE PABLO, Carlos op.cit., p. 22-25.

²⁰ CISNEROS FARIAS, Germán. *La Voluntad en el Negocio Jurídico*. Ed. Trillas. México, 2001, pág. 19 y 20.

²¹ Y en adición a lo dispuesto por el artículo 1830 del CCDF (no contrario a las buenas costumbres) también se tiene que tomar en cuenta lo previsto por el artículo 6 del mismo ordenamiento (sólo se pueden renunciar los derechos privados que no afecten directamente al interés público ni derechos de terceros).

También es importante indicar que la mayor o menor extensión del campo de desplazamiento de la autonomía de la voluntad en la función con que se explica en el párrafo anterior dependerá de la actitud observada por el legislador, es decir, que es un requisito indispensable para considerar la existencia del negocio jurídico en un sistema legal como el nuestro, que el orden jurídico le conceda validez, y en la medida en que lo haga será la posibilidad de beneficiarse de ella. Este último señalamiento cobra gran relevancia y será motivo de innumerables referencias a lo largo del presente trabajo, pues el objetivo es hacer notar que el derecho positivo debe tomar en cuenta la reglamentación del negocio jurídico.

1.5.3. Diferencias y Similitudes entre ambas teorías

Similitudes:

a) Su objeto de estudio es el obrar del hombre y de los fenómenos naturales y la adecuación de los mismos a un determinado supuesto jurídico como acontecer fatal y necesario para producir las consecuencias de derecho.

b) Excluyen de cualquier consideración y se apartan del estudio de los hechos producidos por fenómenos naturales que por cualquier causa no producen dichas consecuencias jurídicas.

Lo anterior permite aseverar que ambas teorías se ocupan de los hechos jurídicos y dejan de hacerlo de los hechos o acontecimientos ajenos a los jurídicos, por la simple cuestión, como indicamos anteriormente, de que los hechos que no producen consecuencias jurídicas no son de interés para el Derecho.

c) Para sus clasificaciones, toman en cuenta si el supuesto de hecho o presupuesto concreto procede o no de la voluntad. Ello permite hablar de

hechos jurídicos naturales y hechos jurídicos humanos o provenientes de la voluntad.

d) También toman en cuenta si la voluntad contenida en el hecho jurídico es tendiente o no a producir las consecuencias jurídicas. Esto permite hablar de hechos jurídicos y de actos jurídicos.

Diferencias:

a) Sólo la teoría alemana tiene en cuenta para su estructuración, cuando el hecho proviene de la voluntad, a analizar dos aspectos: 1) si dicha conducta solamente se concreta a recibir tales consecuencias jurídicas como se deriva de la hipótesis de la ley o presupuesto abstracto, o bien, 2) si la voluntad, en ejercicio de la autonomía privada, tiende a conformar la relación jurídica encaminada a generar una nueva regla o derecho objetivo.

Este último fundamento, exclusivo de la teoría alemana, permite hablar de acto jurídico y también, categoría que sólo existe en la propia teoría tripartita, de negocio jurídico²².

En síntesis, la doctrina francesa, siguiendo las Institutas de Justiniano, al hablar de las fuentes de las obligaciones, creó en relación con el contrato y cuasicontrato la noción de acto jurídico.

Por su parte, la pandectista hizo la distinción consistente en que dicho acto jurídico es un acto humano que produce efectos de derecho con la intención de producirlos, o sin ella, y por esa razón clasifica los actos jurídicos en lícitos e ilícitos²³.

²² **DE PABLO**, Carlos. *El Contrato, un Negocio Jurídico*, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Ed. Porrúa, México, 2002, pp 11-14

²³ **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa México, 1994 tomo 3, pág. 2187.

1.5.4. La fuerza y validez de ambas teorías en la actualidad.

Una vez hecho el análisis de ambas concepciones teóricas en torno a la expresión de la voluntad y sus consecuencias en el mundo del Derecho, en las cuales hemos visto se da un tratamiento de graduación a la voluntad, hemos de adelantar, sin dudas al respecto, que nos inclinamos por la tesis alemana, pues ubica en su justo espacio a la voluntad, despojándola de cortes dogmáticos y asignándole efectos prácticos, pues resume con más claridad algunos actos jurídicos –hablando en sentido amplio- que no encuadran en la sistematización francesa por más que se les quiera incluir, nos referimos principalmente a las fuentes generales de las obligaciones como el contrato y la declaración unilateral de la voluntad, y dentro de esta última a sus clasificaciones de oferta y oferta de venta o precontrato, que a nuestro parecer pueden ser estudiadas con mayor éxito y objetividad si las consideramos como negocios jurídicos bilaterales o unilaterales, aspectos que serán estudiados en capítulos posteriores en donde se verterán argumentos dirigidos a concluir que a través de los medios electrónicos se está en posibilidad de explotar al máximo estas figuras jurídicas y precisar sus alcances en aras de no soslayar la utilidad para la cual fueron creadas.

Haciendo un uso práctico de cualquiera de ambas teorías – francesa o alemana- frente a la formación del consentimiento por medios electrónicos, pudiera caerse en el error de interpretar que, ante la ausencia de una regulación legal de la manifestación de voluntad por medios electrónicos como Internet, correo electrónico, mensajero instantáneo o ‘Messenger’ o cualquier otra tecnología, en virtud del recién naciente desarrollo tecnológico, se tenga que concluir que no existe una consecuencia jurídica para la acción humana realizada. Esto es, que ante la no regulación de un supuesto jurídico como lo es la manifestación de la voluntad por medios electrónicos mediante Internet, correo electrónico, entre otros, se tenga que desconocer dicho acto jurídico debido a que no tiene una consecuencia por no estar regulado en una ley. La solución la da precisamente la voluntad de las partes de sujetarse al reconocimiento de sus correspondientes expresiones de voluntad a través de

dichos medios, estando pues en el supuesto de la autorregulación, la cual es una de las manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad, el cual se tratará en el capítulo quinto de este estudio.

Es cierto que ante la falta de ordenamientos legales que contemplen una consecuencia a la manifestación de voluntad expresada por medios electrónicos, los usuarios de dichos medios optan por la autorregulación, que no es otra cosa que reconocerse entre ellos la plena validez de su voluntad como generadora de consecuencias jurídicas y que sirve además para reglamentar su comportamiento, aun sin estar previsto todo ello en una norma jurídica vigente o positiva.

Mas sin embargo, podemos afirmar con CASTÁN TOBEÑAS que el efecto querido, esto es, la declaración de voluntad dirigido a la producción de un determinado efecto, sólo se producirá cuando el derecho le atribuya a esa conducta la fuerza suficiente para lograr la consecuencia buscada. Es decir, que ante el no señalamiento de la posibilidad de manifestar la voluntad a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, pero teniendo como fundamento lo arriba señalado y además lo dispuesto por el artículo 1796 del CCDF que prevé el principio de consensualidad, no se requiere que un ordenamiento reglamente dicha manifestación a través de medios electrónicos. No obstante, se topa el principio con la frontera infranqueable que generan los artículos 6, 7 y 1830 del CCDF y en otra dimensión de ideas el problema de la asimilación técnica de la equivalencia que se le debe asignar a una firma digital, a la lectura de una huella digital a través de un dispositivo ex profeso, a la lectura del iris ocular de las partes contratantes o a la grabación de su voz, como medios idóneos para comprobar dicha manifestación, confrontada no entre ellos, sino contra cualquier tercero, lo cual tiene su injerencia en la certidumbre jurídica que debe tener dicho acto y muy notablemente también en materia procesal.

Vemos pues, que nos encontramos con un obstáculo más práctico que legal, al menos por lo que respecta a las contrataciones por medios

electrónicos entre particulares en el Distrito Federal, en donde no se encuentra aun regulado lo relativo a la conformación del consentimiento por medios electrónicos y por ende no se reglamentan sus consecuencias, y es en estos casos en los que la aplicación de la teoría del negocio jurídico permitiría un mejor desenvolvimiento de la voluntad de las partes encaminadas a crear consecuencias de derecho cuando su conducta se ve reflejada en una oferta o una aceptación por medios electrónicos, en el intercambio de correos electrónicos o mensajes instantáneos destinados a ser los tratos preliminares – aspecto que tampoco es regulado y al que nos referiremos en el capítulo sexto - con los que en lo futuro, de llegar a un consentimiento, redundarán en la creación de una relación jurídica entre ellos.

1.5.5. Precisiones sobre la concepción de acto jurídico

Consideramos importante tratar en esta parte de la investigación los aspectos trascendentales de la teoría general del acto jurídico según León Duguit, debido a que es uno de los primeros jurisconsultos que sistematiza el acto de voluntad y clarifica conceptos como el objeto mediato e inmediato, el fin o motivo determinante y los móviles. A pesar de que dicha sistematización se torna en ciertos momentos excesiva, permite describir el proceso volitivo desde su concepción hasta el desenlace mediante la acción. Posiblemente por la carga sociológica y psicológica con que está revestida su obra, así como su excesiva casuística, la hace ver en algunas ocasiones incomprensible e innecesaria, pero su trascendencia radica en el hecho de que concibe sistematizar el camino que recorre la voluntad, para culminar en un hecho que dependiendo su contenido será o no de importancia y tutela por el Derecho.

1.5.5.1. El proceso volitivo según Duguit

Duguit concibe tres momentos del acto voluntario a saber:

a) La concepción.- explica que en el desarrollo de una idea primigenia, se conciben uno o varios actos por efectuar o por no efectuar, una serie más o

menos larga de cosas que hacer o que no hacer. Es por ello que expone: “Los psicólogos dicen muy exactamente que el acto voluntario va precedido por su propia representación. Un movimiento no se verifica voluntariamente sino cuando el agente tuvo antes la idea de él y supo que iba a obrar. La representación misma del acto, la idea que se tiene de él es lo que determina su producción, la cual es tanto más rápida y tanto más interesa cuanto la representación es más clara y más fuerte... Para que haya voluntad es preciso que el sujeto tenga conciencia de que puede elegir, hacer una de esas cosas o no hacerla... para que haya querer, es preciso que haya al mismo tiempo inhibición... La voluntad es al mismo tiempo poder de acción y poder de contención...”²⁴

b) La deliberación.- es el acto que conduce a la elección, a la decisión, momento capital del acto complejo que es el acto voluntario. No obstante subraya: “Conviene sin embargo notar que en una multitud de casos este momento de la deliberación no aparece, que nada separa la concepción y la ejecución. [que es la última fase y que abordaremos posteriormente] El sujeto piensa el acto y lo efectúa inmediatamente. Pero puede suceder, –continúa - al contrario, que la conciencia tenga ante ella, varias ideas que se contradicen, varias representaciones de movimientos que se oponen. Entonces hay deliberación; *la conciencia juzga antes de obrar*. La atención se dirige sobre el objeto y sobre el fin: sobre el objeto, es decir, sobre lo que hará o lo que no hará; sobre el fin, es decir, sobre el porqué lo hará o no lo hará”.²⁵

Es en esta etapa además donde emergen dos elementos importantes: 1) el *objeto* y 2) el *fin*, pues la conciencia del ser que actúa los considera y cuando la voluntad se crea a sí misma su fin.

Dicho objeto está dividido en dos: mediano e inmediato, al primero le corresponde la modificación en el mundo exterior, que no es producto de la voluntad del sujeto; y al segundo el movimiento corporal directamente querido y producido. El autor se refiere a ellos de la siguiente manera: “El objeto que el individuo puede dar a su querer no puede ser sino una manifestación de su actividad personal, sea interior, sea exterior... Dejando a un lado la actividad interior nos damos cuenta de que el único objeto posible del acto voluntario es un movimiento de los órganos del individuo. Es el objeto inmediato de la voluntad. El... humano posee... energía propia... que sólo tiene acción

²⁴ DUGUIT, León. *Teoría General del Acto Jurídico*. Colección Clásicos Breves. Ed. Greca Editores. México, 1998 pág. 3.

²⁵ *Ibidem*. Op. Cit. Pág. 4.

sobre sus órganos... el resultado obtenido es la aplicación de una ley extraña al sujeto, bien una ley natural, física o fisiológica, bien una ley social, económica, moral o jurídica... lo que quiere inmediatamente el individuo y lo que solamente puede querer, es una manifestación de su actividad personal, es un movimiento de su ser y este es el objeto *inmediato* de su querer. El objeto mediato es querido por el sujeto, pero no es producido por la voluntad. Se realiza automáticamente como consecuencia necesaria y natural de la ejecución del objeto inmediato de la voluntad”²⁶

Por lo que respecta al fin señala: “es preciso evitar confundirlo con el objeto mediato del querer. El fin es el *por qué* se elige como principio de acción, cierta representación. Una infinidad de circunstancias, de sentimientos, de impresiones, de estados... pueden influir sobre la elección hecha después de la deliberación. Es lo que los psicólogos llaman móviles y que reducen al orden de las sensaciones. La influencia de estos móviles sobre el resultado de la deliberación es incontestable... El fin, o el motivo determinante, se distingue claramente de los móviles. Aparece como íntimamente ligado a la acción; le es intrínseco. Es el resultado final que se quiere alcanzar obrando así... es... algo puramente psicológico. Es una representación, una creencia verdadera o falsa; no es un movimiento material... es el pensamiento”.

Por ultimo dentro de esta etapa, se da lo que es la 3) *decisión*, en la que el estado de vacilación cesa y el sujeto toma una dirección fija. Es la elección práctica, la preferencia otorgada decididamente a un partido y es lo que constituye ya la volición propiamente dicha.

c) La ejecución.- corta de tajo cualquier elucubración al respecto de esta etapa el autor al señalar: “No es jamás, ni puede ser jamás un movimiento corpóreo del sujeto”. Cosa con la que inicia la exposición y que es, a nuestro parecer, el punto neurálgico de disentiendo en torno a su obra.

“La ejecución –comenta- no es otra cosa que un trabajo del sistema cerebral... Cuando la voluntad tiene por objeto una manifestación externa, es evidente que la ejecución es siempre y solamente un movimiento de los órganos del sujeto. El sujeto se percibe como motor primario; produce una cierta cantidad de energía y la ejecución es solamente el escape (*declanchement*) en un sentido determinado de una porción de energía. El paso de esta energía al estado de acto no puede producir mas que un movimiento corpóreo del sujeto, lo que llamamos antes el objeto inmediato de la volición...”²⁷

²⁶ **Ibíd.** op.cit. pág. 6.

²⁷ **Ibíd.** Op. Cit. Pág. 9.

1.5.5.2. La clasificación de Acto Jurídico según Duguit

Duguit clasifica los actos jurídicos en tres categorías a saber: 1. *Actos regla*; 2. *Actos condición* y 3. *Actos subjetivos*.

Acto jurídico es un “*acto de voluntad hecho con la intención de que, si alguien hace o no hace alguna cosa, se abra contra él una vía de derecho que la conciencia colectiva estima legítima. Vía de derecho expresada o no en la costumbre o en la ley escrita, es decir, reconocida o no por el derecho objetivo”.*

Su importancia en esta investigación radica, como él mismo indica, en que es importante estudiar en el acto jurídico los diferentes momentos del acto de voluntad.

En los actos condición la inteligencia -o espíritu, como también le llama- del ejecutante del acto se limita a representar de manera pura y simple la situación en su conjunto tal como la ley la ha creado; pues sabe que la ley se aplicará y no tiene necesidad de saber en detalle lo que sucederá.

Cosa distinta acontece en el acto regla donde el papel de la inteligencia y el de la concepción toman un papel fundamental. En dicho acto el sujeto se representa exactamente el objeto y las consecuencias de su querer, se trata de dar nacimiento, en el mundo del derecho, a una regla nueva. “*Pero – dice el autor en comentario- es el espíritu del sujeto y no su voluntad lo que determina el tenor de la regla: que el sujeto quiere que esta regla se sancione por vías de derecho, esto no es, por otra parte, sino el objeto mediato de su querer; pero no es su voluntad la que determina las disposiciones de la regla, es su inteligencia. Indudablemente, esta operación de la inteligencia es el preliminar indispensable del acto voluntario a consecuencia del cual aparecerá la regla nueva sancionada por el derecho objetivo; pero el análisis distingue bien las dos operaciones*”.²⁸

De la exposición arriba señalada, nos parece importante indicar que efectivamente se conciben etapas del proceso volitivo que no necesariamente

²⁸ **Ibidem.** Op. Cit. Pág. 16.

podrán ser visibles en virtud de la rapidez con las que son desarrolladas o manifestadas, no obstante ello habría que preguntarse si su regulación y presencia permite dilucidar con mayor efectividad cual ha sido el motivo determinante de la voluntad de los contratantes y si eso nos permite además hacer una separación entre una etapa meramente negocial, es decir, en donde no llegando aun a la expresión de un consentimiento y mucho menos a la formación de un contrato, se han expresado los términos bajo los cuales se desarrollaría dicha contratación, de darse esta.

1.5.6. La regulación del acto jurídico en el Código Civil del Distrito Federal

Los códigos inspirados como el nuestro en el código civil francés tratan casi siempre la teoría general de los actos jurídicos entremezclados con la teoría general de las obligaciones, esto trae consigo principalmente problemas de sistematización que acarrearán dudas sobre la extensión con que puede aplicarse una disposición, además de lagunas legales.

Por lo tanto, nuestro código civil se refiere en su mayoría a la teoría de las obligaciones en vez de la del acto jurídico, al respecto ORTIZ-URQUIDI comenta “El Código Civil alemán, en vigor desde el 1 de enero de 1900, en la sección tercera de su libro primero denominado parte general, y entre nosotros el Código Civil del Estado de Morelos de 1946 y también el de Sonora de 1949 y el de Zacatecas de 1965 elaborados estos dos últimos sobre el modelo del de Morelos –título tercero del libro primero de los tres- reglamentan autónomamente al acto jurídico (negocio para los alemanes) no así el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, ni tampoco los anteriores de 1870 y 1884, cuya técnica consiste –la de estos tres últimos ordenamientos- en reglamentar la especie contrato por el género acto... y dispone, siguiendo la técnica del Código Civil Suizo –art. 7 de éste- que todo lo que sobre contrato estatuye, se aplicará a los demás actos jurídicos, siempre que no se opongan a la naturaleza de éstos”.²⁹

Por su parte, Sánchez Medal señala que “el actual Código Civil reconoce la máxima importancia del contrato, al erigir los principios generales de los contratos nada menos que en las normas generales aplicables a toda clase de convenios y de actos jurídicos” y como

²⁹ ORTIZ-URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil*. op.cit. pág. 228-229

ejemplo señala las normas de interpretación de los contratos que van de los artículos 1851 a 1857 del CC los cuales se aplican sustancialmente para la interpretación de otros actos jurídicos como el testamento.³⁰

³⁰ **SÁNCHEZ MEDAL**, Ramón. *De los Contratos Civiles*. 17ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1999. pág. 4.

CAPÍTULO SEGUNDO

Los medios electrónicos

2.1. El nuevo paradigma

En el capítulo anterior explicamos los acontecimientos que importan al Derecho y el nexo que vincula a dichos actos para producir consecuencias jurídicas a través del supuesto contenido en una norma; con esa información ya digerida es el turno de analizar el nuevo contexto a través del cual se pueden suscitar dichos hechos o acontecimientos y la forma en que la legislación les concede, mediante una hipótesis normativa o supuesto jurídico, su correspondiente consecuencia jurídica.

En este apartado nos interesa profundizar en la nueva plataforma o entorno a través del cual cabe la posibilidad de expresar una voluntad capaz de generar actos jurídicos, debido a que consideramos pertinente analizar el fenómeno en cita a la luz de las nuevas tendencias socio-político-culturales que están permeando en casi todas las regiones del planeta, ello lo haremos a través de la exposición de conceptos torales tales como: medio electrónico, sociedad de la información, Internet, firma electrónica, mensaje de datos y equivalencia funcional. Abordaremos la utilidad que dichos conceptos aportan a la construcción de un nuevo marco jurídico en el cual se inserta este intercambio de comunicación entre particulares. Los conceptos que aquí toquemos serán retomados en el capítulo quinto, donde analizaremos a detalle la forma en que opera la configuración del consentimiento por medios electrónicos.

2.2. La vaguedad del término *electrónico*

Una primera interrogante a partir del surgimiento de este nuevo contexto o plataforma, como medio para expresar la voluntad, es la referente al origen mismo de algunos términos fundamentales, en primer lugar el referente a “medios electrónicos” el cual siempre leemos en monografías jurídicas –esta tesis no es la excepción- o propias de la informática u otras ciencias donde se refieren a dicho tema, pero pocas veces se define el término “electrónico”, por lo cual pareciera que se sobrentiende; un claro ejemplo es el párrafo tercero del

artículo 89 del Código de Comercio que a la letra dice: “Artículo 89 ... En los actos de comercio y en la formación de los mismos [léase configuración del consentimiento] podrán emplearse los *medios electrónicos*, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, se deberán tomar en cuenta las siguientes definiciones...” y dentro de las definiciones enlistadas se encuentran muchas, pero ninguna que defina qué es un *medio electrónico*.

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra *electrónico*, desde un punto de vista técnico, como el “Estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el vacío, los gases y los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos”; a la palabra *medio* como la “Cosa que puede servir para un determinado fin”³¹, a la palabra *telemática* como la “Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada”; y a la palabra *digital*, como lo “perteneiente o relativo a los dedos. Referente a los números dígitos y en particular a los instrumentos de medida que la expresan con ellos”. En ese sentido podríamos definir, en un primer intento, al *medio electrónico* como *el canal por el que los electrones son sometidos a la acción de campos eléctricos o magnéticos*, aspecto con el cual se pudiera pensar que el Derecho es completamente ajeno, puesto que no es un concepto netamente jurídico, no obstante iremos avanzando en esta definición.

Por otra parte, algunos juristas han expuesto conceptos que tienen el calificativo de *electrónico*, pero lo definen en unión de un sustantivo, por ejemplo Víctor Manuel Rojas Amandi, que define lo que es *comercio electrónico* como “la compraventa de productos y la contratación de servicios a través de Internet”³² o Edgar Elías Azar que de manera indirecta esboza una definición de *medios electrónicos* al escribir que “...a través de la implementación de los avances tecnológicos y científicos que día con día son mayores, entre los que se encuentran los *medios electrónicos* de comunicación, que no son sólo eso; es decir, no son sólo medios de

³¹ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=electr%C3%B3nico visto el día 12 de enero del 2008.

³² **ROJAS AMANDI**, Víctor Manuel. *El Uso de Internet en el Derecho*. Editorial Oxford University Press. México 2001. pág. 22.

comunicación, sino que constituyen una forma de celebrar actos jurídicos...³³, de tal forma que se sugiere que el concepto medios electrónicos es un término genérico de cualquier ciencia o técnica y que su definición está de más, máxime si prestamos atención a que las reformas que se han hecho a nivel federal son tomadas de fuentes internacionales: las leyes marco de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) en las cuales tampoco se define lo que es medio electrónico, no obstante se refieren constantemente a ello, se sugiere por tanto que el legislador nacional consideró adecuado no definir más allá de lo que no fue definido por dicha Comisión. De tal suerte que habrá que ir indagando al respecto, y en esa dinámica encontramos que el término *medios electrónicos* está muy relacionado o se entiende como sinónimo de *medios de comunicación* con lo cual podríamos concluir que los canales por los que se difunde la comunicación (internet, televisión digital, ondas de radio) y en general todas aquellas que permiten el flujo de electrones a través de campos magnéticos y eléctricos (fibra óptica, cable de cobre, espectro radioeléctrico, etc.) que dan como resultado una comunicación de dos vías (emisor–receptor) pueden ser entendidos como medios electrónicos.

Esto es cierto si observamos que en la actualidad la información o comunicación expresada por una persona puede realizarse mediante un dispositivo electrónico (computador, fax, agenda electrónica, teléfono celular, entre otros) el cual cifra la información en códigos binarios (unos y ceros), para con ello estar en posibilidad de generar una base de datos que puede ser manejada y archivada para su posterior consulta; esto puede ser posible gracias a que se accede a cierta infraestructura como las redes computacionales, la televisión digital, la telefonía celular digital, las líneas telefónicas, las redes de fibra óptica, las redes inalámbricas y cualquier otro tipo de canal o flujo o incluso puede ser un programa electrónico -también conocidos como *hardware*-, y por medio de las telecomunicaciones y servicios de protocolo de Internet (IP, por sus siglas en inglés *Internet Protocol*). Como

³³ **ELÍAS AZAR**, Edgar. *La Contratación por Medios Electrónicos*. Editorial Porrúa. México, 2005., pág. XXXVI y XXXVII.

ejemplo de lo anterior podemos mencionar el mensaje enviado a través de un correo electrónico, al cual se accede mediante el uso de una computadora que tenga el programa o software adecuado y una vez que el emisor se ha identificado como el titular de la cuenta -para lo cual tuvo que “digitar” previamente su número confidencial y dirección de correo- redacta el mensaje que pretende dar a conocer, lo envía a través de dicho programa el cual se traduce en una serie de flujos electrónicos que se decodifican en series de “ceros” y “unos” y viajan a través de redes alámbricas o inalámbricas hasta la computadora desde la cual el destinatario accede, mediante el programa o software adecuado, a decodificar nuevamente el mensaje de “ceros” y “unos” para poder entender el mensaje que le es dirigido.

Existen además de esta infraestructura ciertos elementos que se conocen como “servicios genéricos” que son de cierta manera la interfaz o conexión entre esta infraestructura y otros aditamentos como son otro tipo de software, los servicios de almacenamiento remoto en *Web*, los navegadores y los programas multimedia, así como cualquier otro producto basado en bits y bytes³⁴.

Tenemos por lo tanto que la infraestructura y los servicios genéricos constituyen, en conjunto, los fundamentos del proceso que nos dan el preámbulo necesario para poder explicar lo relativo al concepto de medios electrónicos.

2.3. Tecnologías de la información y comunicación

Ahora bien, aparte de los medios electrónicos existe otro concepto imprescindible para entender el desarrollo de la tecnología como vínculo o medio para unir a los particulares con vías a ser regulada en un marco legal, nos referimos a lo que se ha dado por llamar *tecnologías de la información y comunicación*, mejor conocidas como TIC's, las cuales son definidas como *los sistemas tecnológicos –léase medios electrónicos- mediante los que se recibe,*

³⁴ Es la unidad de medida de la información. Es la abreviación de la palabra inglesa Binary Digit. Un bit corresponde a un cero o uno, mientras que un byte es la suma de ocho bit.

*manipula y procesa información, que facilitan la comunicación entre dos o mas interlocutores (en nuestro caso los futuros contratantes)*³⁵.

Hablar de TIC's infiere no sólo hablar de medios electrónicos en un sentido aislado, sino de la utilidad que dichos medios han adquirido en la actualidad y la proyección que tendrán en el futuro inmediato, no es hablar sólo de informática y computadoras, puesto tampoco funcionan como sistemas cerrados, sino en conexión con otras mediante una red. También son algo mas que tecnologías de emisión y difusión (como televisión y radio), puesto que no sólo dan cuenta de la divulgación de la información, sino que además permiten una comunicación interactiva, es por ello que son un espectro donde el Derecho debe voltear la mirada a efecto de regular sus consecuencias, en aras de conseguir certidumbre jurídica entre sus usuarios, debido a que, cuando hablamos de digitalizar la comunicación que comúnmente utilizamos en forma de texto, sonido, voz o imágenes nos estamos refiriendo a un proceso que conlleva el uso de TIC's, así también la infraestructura en la cual es transportada dicha información como las redes computacionales, la televisión digital, y en general cualquier tipo de hardware o software³⁶.

Así tenemos que al estar utilizando un fax, una computadora o un teléfono celular para generar o transmitir información encaminada a expresar una oferta o aceptarla, lo estaremos haciendo a través de medios electrónicos y en el contexto de las TIC's³⁷.

Una vez expuestos los elementos anteriores estamos en aptitud de aportar una definición de medios electrónicos diciendo que es: ***toda aquella***

³⁵ Tomado de "Los Caminos Hacia una Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe" Conferencia Ministerial Regional Preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre Sociedad de la Información. Material preparatorio, p. 3. Disponible en <http://www.itu.int/wsis/docs/rc/bavaro/eclac-es.pdf> visto el 6 de mayo de 2008.

³⁶ Los Caminos Hacia una Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe" Conferencia Ministerial Regional Preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre Sociedad de la Información. Material preparatorio, op.cit. p. 4.

³⁷ El Código de Comercio no reconoce como tal el término TIC, pero se refiere a él cuando en su artículo 89 menciona "medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología" y en ese mismo precepto más abajo se refiere a las definiciones de "Datos de Creación de Firma Electrónica", "Mensaje de Datos" y más específicamente la de "Sistema de Información".

infraestructura tecnológica que conlleva la manipulación de flujos electromagnéticos telemáticos y de procesamiento de datos que, en el marco de las TIC's permite el tratamiento de los mismos y generan una consecuencia prevista por la Ley. Para efectos de la presente tesis consideramos a dichos medios como el canal a través del cual es viable la expresión de voluntad de los futuros contratantes.

2.4. La Sociedad de la Información

Una vez analizado el concepto de medios electrónicos, hemos de enfatizar que el cambio de paradigmas que su aparición genera no se limita a entender la existencia de una serie de nuevos aparatos o aditamentos a través de los cuales una persona puede enviar cierta información de manera más rápida -y sin importar las distancias o incluso el idioma- y ser recibida por otra para que acepte o envíe una nueva propuesta de manera casi instantánea, ello conlleva también la comprensión de un nuevo contexto social que los estudiosos han dado por llamar *sociedad de la información*, el cual intentaremos explicar en este apartado.

En una sociedad como la mexicana, con desigualdad social, acceso limitado a opciones labores justas y poca inversión en tecnología y desarrollo científico es imprescindible una sensibilidad legislativa que tenga en cuenta los fenómenos más recientes para promover su desarrollo equitativo y no perpetuar rezagos que sumerjan al país en un estancamiento.³⁸

En ese sentido, las orientaciones legislativas deben conciliar el desarrollo comercial y tecnológico con la protección a los menos favorecidos, siguiendo el espíritu del legislador de 1928, en el cual podemos encontrar ya desde aquella época ideas como las de la inclusión del proceso científico, la

³⁸ Por ello la Cámara de Diputados recientemente aprobó la Ley para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, cuya exposición de motivos puede ser vista en la Gaceta Parlamentaria, de fecha 2 de abril del 2009, en la liga: <http://gaceta.diputados.gob.mx/> (revisada el día 6 de agosto de 2009).

modernización de los medios de comunicación y la transición de el principio de la autonomía de la voluntad hacía un concepto más social, lo cual se constata de la lectura correspondiente a las reformas del libro cuarto.

Ahora bien, en el marco en el que se desarrolla la sociedad de la información, se tiene como elemento fundamental a las TIC's y el proceso de digitalización resultante, que son el núcleo de este paradigma emergente. Una definición de sociedad de la Información en estos momentos es meramente especulativa, en virtud de que cada Estado se plantea a sí mismo dicho concepto a través de la interpretación de su realidad.

Hemos explicado de manera reiterada que los seres humanos basamos la mayoría de nuestras actividades en el intercambio de información y la comunicación. Esta última puede verificarse mediante diversos canales: el habla, textos, gestos, movimientos, expresiones, afectos e incluso podemos afirmar que la falta de atención puede transmitir cierto tipo de información.

Por su parte, la comunicación encaminada a generar una relación jurídica, está prevista en el artículo 1803 del CCDF que dispone la manera en que se debe expresar el consentimiento (o mejor dicho la conformación del mismo a través de la unión de voluntades) y la divide en expresa o tácita. La primera se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, la segunda resultará de hechos o actos que la presupongan o que autoricen a presumirla. Ahora bien, dicha clasificación no es contundente pues establece la limitante de que, en tratándose de determinados actos establecidos en la ley o por la misma voluntad, se requerirá que la manifestación de la voluntad sea formulada únicamente a través de la forma expresa, esto es, de manera verbal, por escrito o por signos inequívocos, negando toda posibilidad a que se pueda configurar de forma tácita.

Por otro lado, si tomamos en cuenta que el paradigma de la sociedad de la información abre un nuevo camino hacia la obtención de una expresión de voluntad jurídica (la voluntad de quien contrata o pretende contratar), es importante entonces enfocarse en el medio más que en los productores de la

voluntad, admitiendo así nuevos enfoques y formas que el Derecho como ciencia está obligado a regular.³⁹

En ese sentido pretendemos analizar el camino que se abre ante nuestros ojos y verlo como una realidad, en plena evolución y muy probablemente sin marcha atrás. Es por eso que en este capítulo hacemos hincapié en que en la medida en que se profundice en la comprensión y sistematización de los medios electrónicos, los nuevos conceptos y los principios que se proponen por el Derecho comparado, se podrán aportar fundamentos locales necesarios para que el Derecho –y los jurisconsultos por ende- los traduzcan en reglas de conducta eficaces.

Empezaremos por esbozar, a manera de recapitulación histórica, el parte aguas que ha contribuido a generar este nuevo paradigma: La red global Internet, para después definir los elementos significativos que aterrizan de una forma concreta la necesidad de una regulación: los *mensajes de datos*, el *principio de equivalencia funcional* y el *comercio electrónico*, principalmente.

2.5. La red Internet

No es objetivo de esta tesis hacer una retrospectiva detallada de los orígenes y desarrollo de la red internet, sino únicamente dejar en claro cómo es que este entramado de computadoras interactuando unas con otras, por medio de una red global -la cual no es tangible, ni siquiera susceptible de apropiación por nadie- es hoy en día el medio de comunicación e información que ha cambiado la forma de convivir entre los seres humanos y por ende, aunque aún en poca escala, la manera de contratar, debido a que mediante dicha red se

³⁹ Al respecto de estos nuevos enfoques MARTIN HILBERT propone para los países en desarrollo una flexibilidad jurídica, cultural y política, para facilitar la adaptación a este nuevo paradigma en contraste con países industrializados en los cuales existe un marco regulatorio estricto y detallado que, en comparación presenta estructuras organizativas rígidas. La existencia de instituciones muy eficientes pueden llegar a provocar cierta renuencia al cambio. Da un ejemplo: en una región en la que el servicio postal tradicional no sea confiable ni logre cubrir las necesidades básicas de los usuarios, existirá un enorme potencial para la actividad en línea, lo que conlleva por tanto una especie de salto evolutivo. Visto en <http://www.itu.int/wsis/docs/rc/bavaro/eclac-es.pdf> el día 11 de julio del 2007. pág. 35.

pueden reproducir, enviar, archivar, crear y modificar mensajes de datos que tienen el propósito de crear una oferta o aceptación. Internet es un bien libre en el sentido económico, producto de la actividad humana, diferente de otros como el agua o el aire, pero igual de disponible sin costo alguno, excepto los costos de transacción en que incurra el usuario que lo desee utilizar.⁴⁰

Los orígenes de esta Red de redes se remontan a finales de la guerra fría, cuando el gobierno de los Estados Unidos de América crea la Agencia de Proyectos Avanzados de Investigación (ARPA, por sus siglas en idioma inglés) el cual crearía la primera máquina capaz de transmitir mensajes y datos de información en paquetes a través de una red, para lo cual se creó un protocolo de transmisión que unificaría el intercambio de dichos mensajes entre las diversas máquinas a utilizar, dicho protocolo es el TCP/IP (*transmission control protocol / Internet protocol*, por sus siglas en inglés) que aun se utiliza y el que le dio, en 1973 el origen al vocablo Internet, abreviación de *Internetworking of network*. En forma menos complicada para ser explicado, el Protocolo Internet es como un sobre que contiene una tarjeta postal y permite que un mensaje cerrado dentro del sobre, deje una red y pueda ser enviado a una dirección del Protocolo Internet (viajar de un 'portal' a otro), retirar del sobre el Protocolo Internet en su portal correspondiente, y seguir su camino como un paquete hacia la red a la que está finalmente destinado. El Protocolo Internet da dirección a los paquetes. Nunca opera dentro de una red, sólo en el espacio entre redes, como un cartero que no es invitado a pasar más allá del corredor de la casa, y permite tener un lenguaje común para todos los computadores conectados.

A raíz de la aparición de Internet, por si no fuera suficiente, ahora hemos tenido que familiarizarnos con términos escritos en idioma inglés debido a que en la práctica cotidiana no se traducen al idioma local de cada país, así tenemos conceptos como el de *Uniform Resource Locator* o "URL" que es lo que constituye una dirección en Internet, o el *Hypertext Transfer Protocol* o "HTTP" que es el protocolo del servidor/cliente, que define un método universal

⁴⁰ SOLIS, Leopoldo. *Internet*. El Colegio Nacional. México, 2001, pág. 3.

para transmitir textos y gráficas sobre el TCP/IP, así que las páginas parecen idénticas sin importar el computador utilizado, y el *Hypertext Markup Language* o “HTML” que no es otra cosa que el lenguaje que posibilita la proyección de las gráficas y el texto cuando son recibidos. La red en si, conocida como WEB trabaja en un modelo servidor/cliente, es decir, el usuario individual solicita el material archivado –localmente o en computadoras remotas-, y la aplicación en la red busca, encuentra, extrae y entrega.

2.6. Comercio electrónico, mensaje de datos y firma electrónica

La actividad comercial ha ido siempre en crecimiento al lado de la humanidad: le ha permitido desarrollar el acaparamiento de insumos, la producción e intercambio de bienes y en los últimos dos siglos ha sido un motor fundamental en la innovación tecnológica. Es por eso que la mayor parte de los trabajos legislativos y de ordenamiento legal del uso de las nuevas tecnologías se ha dado en esta rama del Derecho.

Es a partir de la creciente tendencia por el uso de las TIC's en la práctica mercantil internacional que distintas disciplinas del conocimiento se avocaron a estudiar las condiciones en que se desarrollaban las relaciones mercantiles internacionales y los efectos jurídicos que las mismas producían. Por tal motivo, partiendo de la base de que el comercio en su vertiente electrónica es tan sólo una modalidad para agilizar las relaciones existentes entre comerciantes y personas distantes, se hace necesario disminuir en ese ámbito la incertidumbre jurídica derivada.⁴¹ Así, por ejemplo, surge en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNICTRAL, por sus siglas en idioma inglés) una normativa a manera de ley marco denominada *Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico*, que se propone dotar a los Estados miembros que deseen adoptarla reglas o formas jurídicas encaminadas a crear un marco legal para brindar seguridad jurídica a las transacciones realizadas a través de mensajes de datos por medios electrónicos y esboza un amplio concepto del término *comercial* y

⁴¹ **GUTIÉRREZ GOMEZ**, María Clara. *Consideraciones Sobre el Tratamiento Jurídico del Comercio Electrónico*, en *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*. Ed. Legis. Colombia. 2002. pág. 177.

aunque no define lo que es *comercio electrónico* sí define otros términos como el de *mensaje de datos* el cual es de gran importancia para entender al dicho comercio bajo su modalidad electrónica⁴².

Antes de continuar con la exposición de este primer esfuerzo legislativo a nivel internacional -lo cual da para exponer más del tema en capítulos posteriores debido a que es la fuente más importante que ha adoptado nuestro País al momento de legislar en la materia- consideramos importante establecer las bases de lo que debe entenderse por *comercio electrónico*, pues como ya dijimos se expone toda una sistematización a manera de ley marco pero no se define dicho término, sólo se establecen nociones amplias del concepto *comercial* y lo que vendrían siendo las herramientas o instrumentos que permiten generar este comercio. En ese sentido es importante revisar algo de las deliberaciones más importantes surgidas en el seno de la UNCITRAL para proponer la citada normativa, ello nos lleva a comentar que el grupo de trabajo partió de la base de analizar el entorno electrónico y las diferencias en comparación con lo que podríamos considerar como lo *analógico* o *tradicional*: lo más relevante fue lo relativo a cómo distinguir el *original* de un mensaje y cómo abordar el problema de que no se puede distinguir dicho original de una copia, además de que no lleva una firma manuscrita y no figura en un papel, y, por si eso no fuera poco, el eminente riesgo de la información generada en una transacción (tratos preliminares, oferta, aceptación, minutas, contratos preparatorios, pagos, etc.) pueda ser sustraída ilícitamente. Todo ello sirve de preámbulo para entender el contexto sobre el que versa esta nueva forma de contratación⁴³.

Así entonces acudimos a la doctrina nacional, en donde encontramos con CORNEJO LÓPEZ el siguiente concepto de **comercio electrónico**: “En un sentido lato, por comercio electrónico entendemos los contratos en los que las declaraciones de voluntad negociales se emiten por medios electrónicos, aunque el cumplimiento de las obligaciones se produce a través de los tradicionales canales. Sin embargo – nos continúa explicando- puede concebirse un concepto aún más estricto en el que no sólo el pedido de los

⁴² http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf , revisado el 29 julio 2006.

⁴³ http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, revisado el 29 julio 2006.

bienes o servicios que constituyen el objeto del contrato, sino también el cumplimiento de las obligaciones por las partes, se realiza por medios electrónicos. Este supuesto se puede producir cuando el objeto del contrato lo constituye la misma información u otros bienes inmateriales con un valor económico”⁴⁴.

De la cita anterior desprendemos, en primer lugar, que al hablar de comercio electrónico se está refiriendo el autor a un acto jurídico o contrato y en segundo lugar, a que el elemento característico es que la voluntad se exprese por medios electrónicos, sin tomar en cuenta si debe ser la del oferente o la del aceptante, o ambas, o si sólo debe darse en una etapa como en la de tratos preliminares o sólo en un contrato preparativo; no obstante, podemos suponer que es un contrato que se hace entre personas no presentes y que en algún momento dado pudieran darse entre presentes -por la prestación del servicio al que se obligaron, porque los lineamientos previamente acordados no permiten que sea por otro medio mas que el electrónico- o quizás no, pero lo cierto es que se vislumbra una gama de posibilidades.

Por otro lado, el término *comercio electrónico* es utilizado para intitular el Título Segundo del Código de Comercio, el cual va de los artículos 89 a 95 inclusive, y se refiere a los actos de comercio en su vertiente electrónica. Este título, cabe decir, es producto de una reforma acaecida en el mes de mayo del año 2000 y su objetivo es precisamente adecuar la legislación mercantil al entorno actual, tomando como base la normativa propuesta por UNCITRAL que hemos descrito en párrafos anteriores⁴⁵. Al respecto el artículo 89 de dicho

⁴⁴ **CORNEJO LÓPEZ, Valentín.** *Los Medios Electrónicos Regulados en México.* Editorial Sista. México. 2006. pág. 15.

⁴⁵ Conforme al DICTAMEN de reformas al Código de Comercio, publicadas en la Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000 se hizo constar que el “...legislador proponente manifestó que para la elaboración de la iniciativa del 30 de abril de 1999, se tomó como base jurídica la Ley Modelo en materia de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), habiéndose analizado el contexto, la legislación y la práctica comercial mexicana, a fin de lograr que aquella se adaptara de manera precisa a la realidad nacional.”

Y continúa explicando “La Ley Modelo de Comercio Electrónico constituye una sugerencia de legislación nacional que la Organización de las Naciones Unidas propone a todos los países del orbe para ser adoptadas por los Congresos de los diferentes éstos, contribuyendo así a la uniformidad internacional de manera que se eliminen las diferencias en la legislación interna de los países, se eliminen las diferencias jurídicas de las leyes de los distintos Estados del orbe, y se contribuya a la seguridad jurídica internacional en el comercio electrónico. De este modo, la Ley Modelo está diseñada con el afán de lograr un derecho "global" o uniforme, en el cual las reglas jurídicas sean similares entre las diferentes naciones. En particular, la Ley Modelo de

Código indica que “En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.”

2.7. Mensaje de datos

Una vez que hemos expuesto los conceptos de medios y de comercio electrónicos, estamos en posibilidad de explicar las primeras ideas acerca del concepto *mensajes de datos*, el cual también es un concepto fundamental para la comprensión de este nuevo entorno, que también ha sido objeto de estudio por UNCITRAL en sus leyes marco.⁴⁶

“Por ‘*mensaje de datos*’ –indica el art. 2 inciso a) de la **Ley Modelo UNCITRAL** sobre Comercio Electrónico- se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”

Este artículo define a grandes rasgos lo que conlleva el mensaje de datos: el tratamiento de información; su procesamiento (generación, recepción, envío, archivo, etc.); y el medio por el que será perceptible (correo electrónico, EDI o copia impresa en fax o telegrama). Algunos procesos y medios los podemos catalogar como tradicionales, e incluso en desuso, tales como los facsímiles o los telegramas y por otro lado en la definición citada también se puede incluir al teléfono pues, aunque no se enlista, cumple con las características de ser un medio electrónico y hay intercambio de información e inclusive dicha información puede ser archivada y procesada; no obstante, lo novedoso ciertamente consiste en la utilización del correo electrónico (e-mail)

Comercio Electrónico se ha aplicado exitosamente en la República de Corea, Singapur y dentro de los Estados Unidos de América en el estado de Illinois, además están en proceso de su adopción los Congresos de Australia, Canadá y de México”. Visto en <http://gaceta.cddhcu.gob.mx/> el día 10 de mayo del 2008.

⁴⁶ LEY MODELO UNCITRAL SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO CON LA GUÍA PARA SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO 1996, con la adición del Artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998; http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf , revisado el 29 julio 2006 y también se encuentra definido en la LEY MODELO UNCITRAL SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS 2001 y en el más reciente de los documentos generados por UNCITRAL: la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACION DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, agregando a la lista de ejemplos el concepto de medios *magnéticos*.

las paginas web ⁴⁷ y dentro de este último muchos de los documentos manipulados cotidianamente por Internet.

Del precepto citado en el párrafo anterior, podemos desprender el estudio de las *especies de mensajes de datos*, que son las vías de transmisión de información comercial basadas en el empleo de dichos medios: i) la comunicación por medio del *Electronic Data Interchange* (EDI por sus siglas en idioma inglés) definida como “la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”, lo que conlleva un formato normalizado o previamente concertado⁴⁸; ii) la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso (telegrama); y iii) la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre a través de la red INTERNET, como el correo electrónico. Además, como ya indicamos, esta lista adopta una postura incluyente al incluir en la definición de mensaje de datos el empleo de técnicas como el télex y la telecopia o fax⁴⁹.

Estos mensajes de datos son el fundamento de todas las actividades que involucran el uso de medios electrónicos y también representan la base del comercio electrónico y, como veremos más adelante, dicho concepto ya

⁴⁷ Acrónimo de las siglas World Wide Web, o red mundial de la Información.

⁴⁸ Los sistemas de intercambio electrónico de datos (EDI) son redes de propiedad exclusiva cuyo mantenimiento se basa en acuerdos contractuales. Su desarrollo ha estado a cargo de grandes empresas que adoptaron tempranamente estas tecnologías y que tienen la capacidad de realizar las inversiones necesarias y de poner a prueba sus propias aplicaciones empresariales. Las redes EDI están estandarizadas, y su interconexión ha incrementado su alcance, que ahora es de escala global. En comparación con las transacciones basadas en sitios web de la red “abierta” Internet, los sistemas “cerrados” EDI se consideran más seguros y menos propensos a las estafas. Tomado de <http://www.itu.int/wsis/docs/rc/bavaro/eclac-es.pdf> visto el 29 de julio de 2007. P. 40.

⁴⁹ En este sentido la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS que dio origen a las reformas en comercio electrónico en nuestro país dio a conocer estas cifras: Las empresas mexicanas han comenzado a modernizarse: el 70 por ciento de las operaciones de comercio electrónico en México se realizan en el segmento empresa-empresa. En México se estima que hay más de 4 mil empresas que han incorporado en sus operaciones transacciones a través de medios electrónicos. La mayoría de estas empresas utilizan el intercambio electrónico de datos (EDI), y muy pocas realizan transacciones a través de Internet. Visto en <http://gaceta.cddhcu.gob.mx/> versión electrónica de la Gaceta Parlamentaria, año III, número 474, miércoles 22 de marzo de 2000, Cámara de Diputados, Visto el 2 de julio de 2006.

regulado en nuestra legislación mercantil permite tener una *equivalencia*⁵⁰ respecto a los documentos ordinarios en soporte papel cuando estos han sido originados desde una fuente electrónica. En contraste con los medios electrónicos podemos decir que mientras el mensaje de datos es la información que se compacta, se procesa y es en sí mismo es el bien valioso, los medios electrónicos –que dicho sea de paso consideramos es el género que incluye a los ópticos y a cualquier otra tecnología- es la vía o el canal a través del cual viaja esta información convertida –o creada desde su origen- en mensaje de datos.

Su definición también es retomada en la Ley Marco UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas de la siguiente manera:

“Artículo 9. Requisitos de Forma

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.
2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta...”

El precepto anteriormente citado permite otorgarle un reconocimiento con todas las consecuencias legales a los mensajes de datos: siempre que estén disponibles para su posterior consulta podrá ser considerados como documento escrito con el mismo valor probatorio y sin necesidad de ser reproducido en papel, sino que bastará con que puedan ser apreciados en su formato digital por cualquier medio idóneo para ello (computadora, agenda electrónica, teléfono celular, etc., cualquier dispositivo con pantalla que pueda verificar el contenido, de manera íntegra, esto es, sin que falte algún elemento, carácter o signo originalmente agregado por su autor) pues, en caso contrario, no se estaría cumpliendo el principio de integridad aquí establecido.

⁵⁰ Por lo que toca al término *equivalencia* lo traemos a colación a efecto de hacer notar el nuevo vocabulario “electrónico” al que nos debemos acostumbrar; nos referimos a un principio denominado *Equivalencia Funcional* cuyo estudio se hará en el capítulo cinco; no obstante lo que aquí podemos mencionar es que este término es entendido, no sólo en el contexto de las transacciones comerciales, sino en cualquier materia que tenga que ver con los medios electrónicos y su función es asimilar lo analógico (o tradicional) a lo electrónico.

No obstante la existencia o no de esta reglamentación, el intercambio de mensajes de datos es una realidad, y ante ello la autorregulación generada entre los usuarios de Internet ha permitido establecer bases para el no repudio de la información recibida, generada, enviada o archivada por medios electrónicos como son el correo electrónico o servicio de mensajería instantánea (o messenger), en el que primeramente se estila entre las partes contactarse vía telefónica, intercambiarse sus direcciones de correo y posteriormente generar una comunicación por esa vía, así tenemos que es difícil concebir, en alguna de las partes contratantes, el repudio a una información generada desde la dirección por ellos registrada en su sistema, de hecho es difícil considerar el repudio de un fax enviado incluso desde un dispositivo que no pertenece al emisor (supongamos el envío del documento desde un hotel u oficina por la cual estuvo de paso el autor del documento)

Retomando las ideas vertidas líneas arriba, el concepto de mensaje de datos y su asimilación a un documento escrito es, por tanto, tan amplio, que para algunos doctos en la materia una simple grabación telefónica podría también ser considerada como un documento escrito⁵¹, puesto que – y aquí una característica más de la integridad- puede ser recuperada en el futuro, y que cumple con la definición establecida por UNCITRAL.

Pero aun hace falta aclarar lo correspondiente a las ***firmas*** que pudiera tener incorporadas e incluso, hablando de documentos públicos, la certificación que deben contener, así como la cualidad de original que se les puede añadir.

Al respecto, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico nos indica:

“Artículo 7. Firma

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

⁵¹ **ZUBIETA URIBE, Hermann.** *Los mensajes de datos y las entidades de certificación.* En Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones, Ed. Legis, Colombia 2002, pág. 53.

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente”.

En adición, la Ley Modelo UNCITRAL sobre las firmas electrónicas define específicamente a la firma electrónica y sus requisitos para ser asimilada a la firma autógrafa:

“**Artículo 2.** Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) por ‘firma electrónica’ se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos...”

“**Artículo 6.** Cumplimiento del requisito de firma

1. Cuando la ley exija la firma de una persona, este requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

...3. La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1 si:

a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y

d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de la firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma”.

Al respecto de los últimos artículos transcritos, por lo que se refiere al inciso b) que indica el requisito del método utilizado de ‘**ser tan fiable como sea apropiado**’ causa a nuestro entender una confusión singular. Si bien en cierto, este artículo evita a todas luces depender de una tecnología en

particular⁵² para comprobar la identidad de las partes y el conocimiento de sus declaraciones, sin embargo, no aborda la graduación a la que se refiere; esto es, suponemos a partir del citado artículo que dependiendo el acto jurídico a realizar será necesaria una graduación de mayor o menor seguridad según el contenido de la comunicación. Así tenemos que, en tratándose de simples prácticas negociales para llegar a un contrato o promesa de contrato, no será necesaria una fiabilidad de gran envergadura como sí lo será la comunicación que tenga como objetivo manifestar la oferta o su consecuente aceptación.

2.7.1. Mensaje de datos y equivalente funcional

Siguiendo la línea de definir los conceptos que a nuestro parecer permiten entender el uso de las TIC's en el nuevo contexto de la sociedad de la información como la infraestructura tecnológica que hace posible la expresión de voluntad por medios electrónicos –y en mayor sentido su expansión- hemos de dar paso a la explicación del concepto del principio denominado como *equivalente funcional*, el cual es una innovación que permite “convertir” lo análogo en digital –y viceversa- y en materia legal es la ficción que permite que cualquier documento creado de manera electrónica tenga el mismo valor como si hubiese sido creado de forma análoga, es decir de manera tradicional, en papel y físicamente palpable.

Analicemos el artículo 8 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico que establece una equivalencia funcional para el concepto de original:

“Artículo 8. Original

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:

⁵² La más socorrida en la actualidad es el uso del cifrado de clave pública y privada a través de un sistema de encriptación. Es de reconocer que el sistema de encriptación de información o criptografía es contemporáneo a la existencia del ser humano mismo, en la que dos personas que quieren enviarse mensajes, utilizan un elemento singular para ello, que sólo ambos conocen y con una clave el emisor la cifra y con la otra el destinatario la descifra, con lo que se logra garantizar la confidencialidad de la información que se está recibiendo, a no ser que alguno de ambos de a conocer el sistema. Hay referencias de su utilización desde la Grecia antigua, con el objetivo de ganar las batallas de aquel pueblo con Persia, hasta la utilización de máquinas tan sofisticadas como la Enigma, utilizada por los alemanes en la segunda guerra mundial, y hasta nuestros días, en los que este mecanismo ha ido evolucionando.

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...”

Para GUTIÉRREZ GOMEZ el término en comento, más que una definición es un principio, y lo define como “... la posibilidad de trasladar la funcionalidad de un elemento tradicional del comercio que ofrece confianza a la transacción, como lo hace el papel, a los medios electrónicos, para que puedan ofrecer también seguridad y confianza a la transacción realizada en el entorno digital”⁵³

Tenemos aquí una primera interrogante en torno a la forma en que se pueden conservar los mensajes de datos sin perder su integridad, así como su presentación en caso de ser requerida.

La representación más fiel de los mensajes de datos se da en código binario que no es otra cosa que series de números ceros y unos, de los cuales existe la posibilidad de extraer una réplica exacta de los mismos. Así, en un momento determinado se podrían tener dos mensajes de datos exactamente iguales, sin la posibilidad de poder distinguir entre ellos.

Si de darse el caso de materializar dichos mensajes, se reúnen los requisitos previstos: integridad y accesibilidad para su ulterior consulta, se puede tener entonces dos mensajes de datos originales, difiriendo aquí de la definición tradicional de ‘original’ la cual se relaciona directamente con la existencia de un único ejemplar del documento.

Una segunda interrogante, a partir de la cita en comento, es si el principio de equivalencia funcional sólo es aplicable en tratándose de comercio electrónico, nos parece que no, pues ante la creación de este tipo de términos o principios se puede resolver la utilización e intercambio de mensajes sin estar por ello sometido a una actividad de comercio.

⁵³ GUTIÉRREZ GOMEZ, María Clara. op. cit., pág. 187.

Por último, hay que hacer notar que dentro del contexto de la contratación por medios electrónicos no sólo se han generado los términos o principios en este capítulo expuestos, hay muchos otros más que vienen a completar o llenar las lagunas que algunos pudieran dejar, así tenemos que existen otros principios como el de neutralidad que tiene como objetivo evitar que exista una tecnología monopolizando la contratación, el de flexibilidad que reconoce que la ley no regula todos los pormenores de la contratación, y por supuesto tenemos que hacer mención al principio de Autonomía de la Voluntad, que conserva sus rasgos característicos sólo que en una vertiente electrónica, de lo cual daremos cuenta en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO TERCERO

La teoría de la autonomía de la voluntad

3.1. Planteamiento

Apuntamos en la fase introductoria de esta tesis que hablaríamos de un mismo concepto desde distintas miradas, dando con ello a entender que nos dedicaríamos a analizar a la voluntad en sus diferentes facetas, por lo que nos corresponde en este apartado abordar la concepción doctrinal que en torno al tema de la voluntad se ha elaborado.

Consideramos importante analizar si las bases teóricas con las que se sustenta la libertad de los seres humanos para expresar su voluntad deben ser reformadas o ser radicalmente sustituidas por unas posturas más abiertas y pragmáticas que permitan la inclusión de los avances tecnológicos, o por el contrario, si son estos razonamientos los que permiten dirigir el desarrollo de esta nueva vertiente tecnológica con mejores resultados que de no existir tales fundamentos teóricos.

Si hacemos caso al comentario expresado por Néstor de Buen, en el sentido de que el contrato está en decadencia porque lo está en una primera instancia la autonomía de la voluntad, el tratamiento de esta última se vuelve un asunto de gran relevancia antes de entrar al análisis de los contratos, y en este caso especial de los contratos por medios electrónicos.

Como principio doctrinal, la autonomía de la voluntad surgió con mayor vigor en Francia entre los siglos XVIII y XIX durante la época de auge del liberalismo económico que promovía la ideología del “dejar hacer, dejar pasar”. En cierto sentido, dicho principio es el resultado de una reacción ante las limitantes sistemáticas que se venían dando en dicha época. Se fundamenta también en el poder privado de constituir y dar el contenido deseado a las relaciones jurídicas con entera libertad, sin necesidad de someterse al dictado estatal.

Además de una ideología liberal, esta doctrina tiene raíces de filosofía individualista y también de cristianismo, las cuales sustentan que el hombre es libre por esencia y no se obliga sino por su propia voluntad y es, por tanto, la voluntad individual la fuente única y autónoma de la ley, por eso la creación del Estado tiene su origen en la voluntad individual.

En momentos entendida como teoría de la libertad jurídica⁵⁴, principio de libertad contractual⁵⁵ y más recientemente como teoría de la autonomía privada⁵⁶, tiene como fundamento a la persona, a su dignidad, a la potestad de dictar normas, como expresión de esa libertad, para autorregular sus relaciones privadas, normas que el Estado debe asumir como propias, concediéndoles un vigor semejante al de la ley y por cuya eficacia debe velar con idéntico rigor.

Su ideología, a decir de Sánchez Medal, “se reducía fundamentalmente a sostener, primero, que salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes libres y, segundo, que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad.”⁵⁷ Opinión con la que no estamos muy de acuerdo, pero la hemos querido considerar como un punto de partida -o de fin, si se le quiere ver de esa manera- con el objetivo de encontrar otras posturas que le brinden una exaltación mayor a dicho principio.

3.2. Elementos

La autonomía de la voluntad no es en sí un concepto nuevo, ha estado presente durante el desarrollo de la historia misma, su definición se fue desarrollando desde la antigua Roma y su máximo punto de exaltación se da en Francia a partir de los postulados de Rousseau, y es retomada como principio por el Código Napoleón y posteriormente por la gran mayoría de las

⁵⁴ LEÓN HURTADO, Avelino. op. cit., p. 44

⁵⁵ MARTY, G. *Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones*, Volumen I, Ed. José María Cajiga Jr. Puebla, México. p. 25 y en general por gran parte de la doctrina española. Aunque hemos de subrayar que esta clasificación la consideramos limitada, pues la Autonomía de Voluntad como facultad del individuo para decidir y elaborar derecho objetivo supera la teórica doctrina de la libertad contractual, la cual sólo es una parte de aquella.

⁵⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. Pág. 11.

⁵⁷ *Ibidem*. Op. Cit. Pág. 9.

legislaciones europeas y latinas en todos y cada uno de los Códigos Civiles que derivaron de dichas tradiciones jurídicas.

Conforme a lo que establece DE BUEN, este dogma –como él lo nombra- no ha encontrado una expresión definitiva y son múltiples las versiones acerca de su alcance, aspecto con el cual estamos de acuerdo principalmente porque a partir de la lectura y revisión de diferentes autores, aunque encontremos un común denominador entre todos ellos que permita establecer los lineamientos básicos de dicha postura ideológica-jurídica, no es una idea del todo uniforme e idéntica y en veces se tornan opuestas entre sí. En su elocuente obra *La Decadencia del Contrato*, el autor en comento reserva un capítulo ex profeso para hablar de esta situación, el cual merece ser reproducido, pues hace una síntesis de la adopción, por parte de nuestros Códigos Civiles, (por un lado el de 1870 y 1884, y por otro el de 1928) de la citada teoría, y de la transformación que sufre debido a la socialización de las normas jurídicas:

“... la voluntad, tal como la regulan los Códigos mexicanos de 1870 y 1884, juega un papel preponderante pero no exclusivo, en la formación, modificación, o terminación de los contratos. En todo caso las leyes imperativas, las cuestiones de orden público... y las buenas costumbres, constituyen cauces que ineludiblemente debían seguirse y barreras que no podían derribarse por el solo efecto de la voluntad de las partes...

El legislador de 1928... se inclina por una socialización en alguna de las normas, particularmente al tratar la propiedad, de la responsabilidad y de determinados contratos en particular... compraventa... arrendamiento.... aparcería...

....art. 1839... la única disposición que faculta a los interesados para actuar conforme a su voluntad, aunque siempre de acuerdo con ciertos límites.

Las declaraciones de tipo general respecto al predominio de las leyes prohibitivas o de interés público; a la irrenunciabilidad de ciertos derechos, y a la forma de renunciar, se repiten en los artículos 6º, 7º, y 8º del Código vigente con modificaciones mas de forma que de contenido...

Las nuevas tendencias no afectan, entonces, al criterio general del Código. Únicamente se reflejan en algunas disposiciones aisladas... la mas notable la contenida en el art. 2751... esta aparentemente aislada disposición, marca el punto en que la voluntad liberal, que predomina en el Código en materia contractual, se empieza a inclinar ante el interés social... Llegamos a una conclusión parcial, que nos da un elemento nuevo para llegar a comprender

mejor a la autonomía de la voluntad: esta desaparece cuando el contratar se convierte en algo obligatorio⁵⁸.

Conforme lo arriba citado, el principio en comento permite concluir que, por lo que hace a su desenvolvimiento en nuestro cuerpo normativo civil, deben considerarse reguladas las conductas entre particulares y la libertad de éstos para determinar el contenido y efectos de los actos jurídicos que pretendan realizar. Además, como indica LEON HURTADO,⁵⁹ este principio es más amplio que la simple libertad contractual, pues esta última sólo regula los actos bilaterales, en tanto que la autonomía de voluntad comprende cualquier tipo de acto jurídico, bilateral o unilateral.

De una lectura en conjunto con las ideas de LEON HURTADO y de DE BUEN, podemos señalar los elementos del principio en comento:

a) Es producto de la libertad individual, en cuanto que los particulares pueden contratar a su arbitrio. El rechazar una oferta, aspecto que veremos más adelante con detenimiento, no impone obligación o carga alguna, pues los particulares pueden o no contratar con entera libertad.⁶⁰

b) Los particulares pueden dar por concluida la relación jurídica que los vincule o que pretenda vincularlos en cualquier etapa, previa, durante o después de manifestar su voluntad.

c) las normas previstas en el CCDF para regular la interpretación de los contratos son también una forma de confirmar el valor de la teoría en comento, los cuales son aplicables por extensión prevista en el artículo 1859 CCDF a cualquier acto jurídico. Esto debido a que las normas de interpretación de la voluntad interna son las que prevalecen en nuestra legislación.

d) La renuncia de derechos, siempre que como disponen los artículos 6 y 7 del CCDF sea sin perjuicio de tercero y de manera que no quede duda de la renuncia que se hace son otro elemento de este principio.

⁵⁸ **DE BUEN LOZANO**, Néstor. *La Decadencia del Contrato*. 4ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 2004., pág. 218.

⁵⁹ **LEÓN HURTADO**, Avelino. op.cit., pág. 44

⁶⁰ **Ibidem**.

e) El artículo 1796 del CCDF que salvaguarda el principio de consensualidad el cual consiste en que basta la sola voluntad de las partes para generar el acto jurídico y que la misma se puede exteriorizar de cualquier manera, siempre y cuando no se requiera cubrir cierta forma jurídica, es una pieza fundamental de esta teoría pues su aplicación es la regla y la excepción a la misma es poco recurrida.

f) Como bien apunta LEON HURTADO, la voluntad de los particulares es a tal grado libre que incluso puede hacer formal un contrato que generalmente se concibe como consensual y también para elegir la legislación por la cual desea regirse.

g) Por último, la autonomía de la voluntad existe de manera real y en toda su extensión en los contratos, que es donde juega su papel más amplio, es por ello que muchas ocasiones se le llega a confundir a la autonomía de la voluntad con la libertad contractual, pero esta última es solo una especie de aquella. Al respecto nos indica LEON HURTADO⁶¹:

“...contrato [...] es el acto jurídico más frecuente y en el que el principio de la autonomía de la voluntad juega su verdadero rol. [...] Pero como no se trata ya de una manifestación de voluntad que vaya a alterar o modificar instituciones fundamentales, como las ya nombradas [entiéndase los actos jurídicos del derecho de familia: matrimonio, legitimación, adopción; y gran parte del derecho sucesorio] sino que se refiere generalmente al intercambio de bienes o servicios, las limitaciones que se les impone son excepcionales y domina sin mayor contrapeso la voluntad de los particulares. Por eso puede decirse que la voluntad existe real y efectivamente en materia contractual. Y de aquí que muchos autores sólo la consideran con relación al contrato”.

3.3. Las manifestaciones de la teoría de la voluntad ⁶²

Con el propósito de exponer de manera sistemática el principio de la autonomía de la voluntad, consideramos importante revisar las tres posturas o visiones del mismo, redactadas por Hernández Gil:

⁶¹ LEON HURTADO, Avelino. op. cit., pág. 46

⁶² HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Obras completas, tomo 3, *Derecho de las Obligaciones*. Ed. Espasa, Madrid 1988., pág. 159.

a) Libre conclusión o celebración del contrato (auto decisión). El contrato se concibe como un acto totalmente voluntario desde el punto de vista de su celebración, toda persona es libre de contratar o no. El contrato no se impone. Es fruto de determinaciones volitivas libremente adoptadas, asimismo todas las personas están en una situación de igualdad, igualdad dentro de la libertad, para adoptar la decisión que juzguen oportuna.

La realización de lo convenido no forma parte de la celebración del contrato, sino de su ejecución. Por eso se distinguen dos momentos en la vida del contrato: Perfección y consumación. El contrato existe desde que se perfecciona; luego la perfección del contrato da lugar al nacimiento de las obligaciones.

b) Libertad para la determinación del contenido del contrato. (auto-regulación.) Las normas imperativas fijan los límites dentro de los cuales actúa la autonomía de la voluntad. Las normas dispositivas son las permisivas, esto es, las que reconocen un poder regulador a la voluntad (el cual resulta tanto de una directa atribución como de la falta de una prohibición), o bien las supletivas, que constituyen o complementan la voluntad para el caso de que no llegue a declararse, y convierten en norma lo que presumiblemente se hubiere querido. El contenido concreto de cada contrato lo dictan las partes contratantes.

c) Fuerza vinculante del contrato. (Auto-obligarse). La voluntad deja de ser libre en la esfera del contrato, o bien sólo goza de aquella libertad que se le reconozca dentro de la regulación contractual. Podría decirse que hay una antítesis entre la libertad con que se elabora el contrato y la exclusión o limitación de libertad que se produce como resultado, de donde se seguiría que la fuerza obligatoria de aquél dejará de estar regida por el dogma de la autonomía de la voluntad.

Pero la concepción tradicional, o no advierte la antítesis, o la evita al considerar que la fuerza obligatoria del contrato es fruto del uso que se ha hecho de la libertad. Obligarse es, en el contrato, auto-obligarse. Hay que estar

no a algo impuesto desde fuera, sino a algo querido desde dentro. La vida del contrato viene a ser una inalterable subsistencia de lo querido. Ya deja de ser relevante si se sigue queriendo o no; se ha convertido en precepto el mantenimiento de lo pactado. Se inmoviliza o, dicho de otro modo, se objetiva lo que en un determinado momento se quiso. La autonomía no traduce aquí la idea del poder (actual) de la voluntad; pero sí la de sumisión al poder libremente constituido. La vida social general, dentro del Estado, y la vida social particular, encerrada en cada contrato, se desenvuelven y explican de un modo análogo.

Para que los deberes no sean una opresión y los derechos no signifiquen una dominación, se considera que unos y otros –la total relación Ínter subjetiva nacida del contrato- descansen siempre sobre un fondo de libertad, de auto-determinación. La fuerza obligatoria del contrato no es, consiguientemente, heterónoma respecto de la voluntad, sino autónoma. Radica en ella misma. Así pues, la autonomía de la voluntad quiere decir también auto-obligarse. La autonomía llega a ser entonces sumisión ante lo pactado.

3.4. La autonomía de la voluntad y el hecho jurídico

Hemos hablado del acto jurídico en el capítulo primero de esta tesis, podemos colegir que los autores que sistematizaron la teoría francesa le dieron a la autonomía de la voluntad sólo un sentido de libertad naturalista, eticista, sociológico e incluso político, pero no un contenido jurídico y con la amplitud que, conforme a los párrafos anteriores hemos visto que se le considera, en virtud del que se reconozca que puede no sólo detonar derecho subjetivo, sino crear además derecho objetivo.

En contra, por lo que hace a la teoría alemana, el concepto de autonomía de la voluntad es abordado con una comprensión y alcance distintos y más amplios. Por la estrecha relación de dependencia que entre el concepto de autonomía de la voluntad y el de negocio jurídico existe, que es de tal manera que ninguno de los dos tendría razón ni lógica ni jurídica de ser sin el otro, se ha considerado que la autonomía de la voluntad, desde el punto de

vista de la postura alemana, es la figura básica del derecho privado, pues esta sirve de base o fundamento para ceñir la figura del contrato al derecho privado con exclusión del derecho familiar puro, es decir, sólo al derecho patrimonial.

La teoría alemana considera a la autonomía de la voluntad no sólo como una facultad o licitud de actuar o de no hacerlo, sino además como la manifestación del poder de crear dentro de los elementos establecidos por la ley, normas jurídicas, con lo que la hace constituirse en la médula del negocio jurídico.

3.5. Distinción entre libertad contractual y libertad de contratar

Señalábamos en párrafos anteriores que el principio de la autonomía de la voluntad frecuentemente se confunde con la libertad de contratar y la libertad contractual, no obstante que ambos son una derivación del citado principio, al efecto consideramos importante citar algunas diferenciaciones en torno a estos dos conceptos ofrecidos por Messineo, Sánchez Medal y Néstor De Buen y los enlistamos a continuación:

Libertad Contractual.- Es la posibilidad de determinar tanto la forma como el contenido del contrato (Sánchez Medal). Es la piedra angular en la disciplina general del contrato (Messineo) en el que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato, respetando las normas imperativas y corporativas. Facultad dejada a las partes en un contrato para derogar normas dispositivas o supletorias y sustituirlas por un régimen diverso fijado por sus voluntades.

Libertad de contratar.- Es la potestad para celebrar o no el contrato, para escoger a la persona con quien va a celebrarse (Sánchez Medal). Es la libertad de estipular o no estipular. Los límites de esta libertad resultan o de leyes complementarias (Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Federal de Competencia Económica, Ley de Inversión Extranjera, etc.) o de cláusulas contractuales; no hay límites resultantes de las normas generales sobre los contratos.

Para Néstor de Buen es más correcto hablar de los límites naturales (pues también los hay creados) de la Autonomía de la Voluntad, y en ese sentido hace un listado de los límites dentro de los que juega la voluntad contractual, considerando ciertas libertades que son:

a) Para contratar.- Es expresada por el autor en comento de una manera idéntica a como Messineo y Sánchez Medal la conciben, siendo la facultad del sujeto para celebrar un contrato respecto de un objeto determinado.

b) Para no contratar.- La cual fundamenta la libertad que los particulares tienen para rechazar una determinada oferta y en general objetar cualquier tipo de imposición a no ser que sea la derivada de un acuerdo previo, espontáneo, no cumplido; o la realizada por una autoridad.

c) Para determinar las condiciones de un contrato.- Cuando las partes en un contrato pueden establecer las condiciones que estimen convenientes con absoluta libertad, lo que redundaría en dos ideas adicionales sobre lo que no es el contrato, la primera sugiere que no habrá contrato cuando el clausulado esté determinado previamente y exista, como única posibilidad la de aceptar o no esas condiciones inderogables y la segunda sugiere que no habrá contrato en los casos en que fuere imposible establecer modalidades en un acto determinado.

d) Para modificar el contrato.- Pues si las partes se encuentran impedidas para alterar las condiciones convenidas, aun de común acuerdo, en dicho pacto no se pone en juego la autonomía de la voluntad y por ende no puede llamarse contrato.

e) Para dar por terminado el contrato.- Si la relación establecida entre dos partes perdura aun en contra de su intención dicho vínculo deja de merecer el nombre de contrato y esta hipótesis se extiende a los casos en que el Estado prorroga indefinidamente el plazo de un determinado pacto, fundándose en razones de orden público.⁶³

⁶³ DE BUEN LOZANO, Néstor. op. cit. pág. 221.

3.6. Su importancia en la época actual

A pesar de no ser el punto medular de este trabajo de tesis, no podemos dejar pasar la oportunidad de cuestionarnos ¿cómo es que opera este principio de la autonomía de la voluntad de cara a los nuevos y muy novedosos ordenamientos que regulan, entre otros, fenómenos como el de la voluntad anticipada (Ley de Voluntad Anticipada Para el Distrito Federal), la Sociedad en Convivencia (Ley de Sociedad en Convivencia Para el Distrito Federal) o la despenalización del aborto (Código Penal Para el Distrito Federal) y más recientemente las reformas en materia de divorcio, en todos los cuales el común denominador es la libertad de decisión de la persona a través de la expresión de su voluntad y el reconocimiento que la Ley hace de la misma? Nos parece que esta sensibilidad legislativa ante los nuevos contextos sociales reafirman la hipótesis de que la autonomía de la voluntad no ha desaparecido en lo absoluto, no obstante, han cambiado sus postulados o quizás sea mejor hablar de una evolución. Pues no podemos negar, fuera de cortes moralistas, que la figura de la sociedad en convivencia sea una exaltación precisamente a la libre determinación de las partes. Y al hablar de evolución nos referimos principalmente al hecho de que estas reformas que hemos citado están más cercanas a los aspectos de derecho de familia y en general a los no patrimoniales.

En adición, es importante señalar que concordamos con la premisa consistente en que la eficacia de la autonomía de la voluntad dependerá de su reconocimiento en la ley; y será en sentido proporcional más efectiva en cuanto existan mayores actos jurídicos que se perfeccionen por la mera consensualidad, la cual, en los contratos o negocios supone la plena eficacia y vinculación para las partes simplemente porque ha sido querido, porque es fruto de un acuerdo entre individuos, en que cada uno de ellos ha decidido libremente asumir una obligación, una conducta debida a cambio de la correspondiente a la otra parte, sin que deba someterse a ningún otro criterio de validez.

No obstante, las limitaciones que sufre la autonomía de la voluntad, no sólo son de índole legal sino también natural, siendo los más visibles los experimentados por el paso progresivo del Estado Liberal al Estado Social del Derecho; y así en este contexto ciertos conceptos como la moral y el orden público se van desarrollando y tomando mayor protagonismo en la construcción de esta nueva interpretación de la teoría de la autonomía de la voluntad, pues, dependiendo la época y las costumbres de la sociedad es que se incluyen en los contratos cláusulas que atentan contra la equidad, el buen funcionamiento del mercado e incluso el mismo abuso de esa libertad contractual.

Así tenemos que la teoría de la autonomía de la voluntad, en su acepción más pura concibe a la regulación legal como supletoria, en tanto los interesados no acuerden otra cosa, dentro de los límites de la moral, el orden público y la Ley y de manera desvirtuada, pero acorde con la realidad, esta teoría se ajusta a los mandamientos sociales y las limitaciones que no siendo legales afectan de manera directa su campo de actuación.

A mayor abundamiento hemos de decir que el poderío de la voluntad de los particulares ha sufrido quebrantos desde el siglo pasado debido a la intervención cada vez mayor del Estado que ha ido limitando la libertad de los individuos en general y, consiguientemente la libertad contractual (LEON HURTADO⁶⁴). La concepción de los derechos subjetivos creados por la voluntad del hombre, según la teoría de Savigny, corresponde a un criterio de Estado individualista que se viene reemplazando por un concepto objetivo en que los efectos jurídicos surgen sólo cuando encauzamos nuestra voluntad ateniéndonos estrictamente a las normas que para el caso señale el derecho objetivo; es decir, impera un criterio de Estado socialista en que la libre voluntad de los particulares sólo se permite en cuanto no perjudique a la colectividad.

⁶⁴LEÓN HURTADO, Avelino. op.cit., pág. 44

Es por ello que creemos que ha ido disminuyendo el poder de la voluntad de la manera en como se ha venido interpretando desde las teorías del siglo antepasado, en razón del cambio total de la vida económica de los pueblos, y más acentuadamente con la aparición de las nuevas formas de contratación, en virtud de la rapidez con la que es posible generar intercambio de información entre personas por muy distantes que se encuentren una de otra, lo que conlleva eliminar una etapa importante dentro de la creación de los actos jurídicos, que consiste en la meditación, análisis y estudio de los beneficios de contratar o no; esta etapa ha sido estudiada desde mucho tiempo atrás por las legislaciones europeas dentro de la teoría clásica de formación del contrato la cual divide principalmente en tres las etapas de todo contrato: generación, perfección y consumación. A la primer etapa –la de generación- le corresponden todos los actos tendientes a la formación del contrato; ahora bien, consideramos que con la utilización de las nuevas tecnologías como medio para expresar la voluntad de las partes, las etapas previstas por la citada teoría clásica de formación del contrato, se ven limitadas y se vuelven casi invisibles debido a la rapidez y nula negociación entre las partes.

Nos dice LEON HURTADO que las limitantes comenzaron con el contrato de trabajo porque en éste aparece de manera indiscutible la inconveniencia de la libertad contractual debido a la inferioridad del trabajador frente a una empresa o a su empleador.

Es así que en los contratos las partes conservan la libertad de contratar, pero donde se ve soslayada con mayor énfasis es ante la imposibilidad de regular el contenido. La autonomía de la voluntad resulta excluida en su sentido de autorregulación, si bien, subsiste como autodecisión. Existen otros supuestos en los que la autonomía de la voluntad se ausenta también en su segundo aspecto pues existe ya una obligación de contratar debido al objeto materia del contrato, sin el cual los seres humanos estarían incompletos por lo que a la satisfacción de sus necesidades más básicas se refiere. Para expresar esta situación se utilizan varias expresiones como: “contratos impuestos, forzosos, necesarios o dictados”.

El contrato expresa el modo de constituir voluntariamente las relaciones jurídicas y si falta en absoluto la libre decisión de la voluntad no habrá contrato. El fenómeno de la imposición del contrato no es radicalmente nuevo, aunque si lo es, en el sentido y alcance que actualmente recibe sobre todo en los llamados contratos de adhesión.

Por lo tanto, debemos hacer hincapié sobre la importancia jurídica de regular las actividades contractuales conforme a lo dispuesto por los artículos 6, 7, 8 y 1830 del CCDF, en el cual la voluntad de los particulares libremente pactada puede limitarse cuando atente contra las leyes de orden público o las buenas costumbres, agregando el interés colectivo:

“ARTICULO 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

“ARTICULO 7. La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.”

“ARTICULO 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

“ARTICULO 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”

En adición, ordenamientos jurídicos como la ley Federal de Protección al Consumidor se ha dado a la tarea de regular un fenómeno actual que está incidiendo profundamente en la conducta y hábitos de los individuos, principalmente mujeres, adolescentes y niños: la publicidad engañosa.

Los actos jurídicos celebrados con consumidores se regulan -como acto jurídico- por la legislación comercial y civil. Además, las relaciones proveedor-consumidor encuentran una especial regulación de los actos mixtos a que se refiere el artículo 4 del Código de Comercio. El denominado “derecho del consumo” al ser una rama del derecho mercantil, obliga a que la LFPC sea integrada e interpretada a la luz de las legislaciones mercantil y civil⁶⁵

Los proveedores dominantes fijan las reglas del mercado que dan por resultado un sometimiento del consumidor a las reglas establecidas por los más poderosos; por ello, consideramos que este momento histórico es propicio para motivar reformas legales que tengan como objetivo cohesionar los diversos esfuerzos en otras ramas del derecho –reformas a la LFPC, entre otras- que tienen como objetivo precisamente equilibrar esta disparidad entre consumidores y prestadores de servicios, entre otros muchos aspectos que rodean este fenómeno, para que dejen de estar aisladas y lleguen a formar parte del ordenamiento común, como sucedió en su momento con el Código Civil Alemán, en donde existían leyes al margen del Código Civil (BGB, por sus siglas en idioma Alemán) como la Ley de Condiciones Generales de Contratación (AGB-Gesetz, por sus siglas en idioma Alemán) y otras muchas dedicadas a regular el derecho del consumo. Lo que dio como resultado una recodificación del BGB que permitió devolverle su papel central en el ordenamiento jurídico privado alemán⁶⁶.

⁶⁵ “Por otra parte, si bien debe reconocerse la necesidad de contar con un marco jurídico que reconozca el uso de medios electrónicos, también dicho marco no debe olvidar la protección al consumidor en el uso de esos medios.

En tal virtud, la presente iniciativa propone una adecuación a la Ley Federal de Protección al Consumidor, ordenamiento que en nuestro país tiene por objeto promover y proteger los derechos del consumidor, para incorporar las disposiciones mínimas que aseguren los derechos básicos del consumidor en las operaciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, con base en los lineamientos emitidos por la OCDE” (fragmento del DICTAMEN de Reformas en materia de comercio electrónico publicadas en Gaceta Parlamentaria, año III, número 500, miércoles 26 de abril de 2000. Vista en <http://gaceta.cddhcu.gob.mx/> el 2 de julio del 2008).

⁶⁶ Al respecto opina MARTIN EBERS que dicha reforma fue a través de un Proyecto de Modernización surgido precisamente tras constatarse que la realidad jurídica se estaba alejando cada vez mas del Derecho codificado, pues la jurisprudencia y las leyes especiales habían ido perfeccionando materias e instituciones legales no previstas en el BGB. EBERS MARTIN. *Principales Instituciones en el Derecho Civil de las Obligaciones en Alemania Tras la Reforma del BGB en El Derecho Civil a 200 años del Código Napoleón, Tomo I, el Derecho*

Es importante recalcar que a partir de las reformas en materia de comercio electrónico de mayo del 2000, la autonomía de la voluntad es erigida como el principio sobre el que se sustenta la interpretación y aplicación de las disposiciones del comercio electrónico. En ese sentido, se da una mayor visibilidad a la persona y a su facultad de decisión sobre el contenido, el contratar o no, la autorregulación, entre otros elementos y si bien los medios electrónicos no son en sí mismos el paradigma, hacen realidad algunos de los postulados de la teoría en comento, como el de la libertad de contratar o no, pues dado el cúmulo de información a la cual tiene acceso una persona que visita una página de internet o recibe un correo electrónico con una oferta, tiene la posibilidad de verificar e investigar sobre mejores ofertas que le convengan, pudiendo además comparar los beneficios (términos de garantía, descuentos por la forma de pago, beneficios por ser cliente frecuente, entre otros) información que de no contar con un sistema electrónico no podría tener a la mano y en tal virtud se estaría casi obligado a contratar en virtud de la necesidad o urgencia del servicio o por alguna otra circunstancia. El contar con mayor información brinda la oportunidad de decidir con quién contratar y a mayor escala los ofertantes están conscientes de dicha posibilidad y se constriñen a mejorar sus ofertas dada la demanda del servicio y la competencia, lo cual, de estar bien regulado por nuestra legislación la contratación por dicho medio, brindará cada vez más confianza en realizar actos jurídicos por medios electrónicos y mejorará no sólo un fenómeno creciente, sino que permitirá la evolución positiva de este principio.

CAPÍTULO CUARTO

La declaración unilateral de la voluntad

Una vez analizada la voluntad en un aspecto teórico y la importancia que su desenvolvimiento conlleva a través del acto jurídico y el negocio jurídico, podemos iniciar el análisis de una fuente generadora de obligaciones, en este caso nos referiremos a la declaración unilateral de la voluntad, en virtud de ser, a nuestro parecer, una de las más idóneas para englobar diferentes vertientes de la expresión de la voluntad por medios electrónicos, no sin antes advertir que han sido pocos los señalamientos doctrinarios y menos aun su correcta utilización en nuestro sistema jurídico, por lo que las consideraciones aquí vertidas son en un aspecto teórico hipotético de la utilidad que dicha fuente general de obligaciones brinda ante este nuevo contexto tecnológico.

4.1. Definición

El código civil no brinda un concepto de esta fuente general de obligaciones, por lo que, acudiendo a la doctrina, nos parece citable la definición elaborada por Gutiérrez y González quien entiende como tal a *la exteriorización de voluntad sancionada por la ley a.- que implica para su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir, voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral a favor de una persona que eventualmente puede llegar a existir, o si ya existe, aceptar la prestación ofrecida, o b.- con la cual hace nacer a favor de una persona determinada, un derecho, sin necesidad de que esta acepte, o finalmente, c.- con la cual extingue para sí, un derecho ya creado a su favor*⁶⁷.

⁶⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. Cit. Pág. 529

4.2. Su carácter de fuente general de obligaciones

A decir del maestro Borja Soriano y de gran parte de la doctrina, la declaración unilateral de la voluntad es considerada fuente extracontractual o especial, porque, de acuerdo con la teoría del código alemán de donde se copia esta fuente, se ha aceptado la voluntad unilateral como fuente de obligaciones en calidad de fuente especial o mejor dicho excepcional, sólo en determinados casos, y no como fuente general.

Por otro lado, para algunos doctrinarios como Gutiérrez y González, Rojina Villegas y Bejarano Sánchez la declaración unilateral de la voluntad es una fuente general de obligaciones, postura con la que, al igual que los autores citados, asentimos, agregando además que dicha fuente será pieza fundamental en estos tiempos para dar certidumbre y rumbo a la contratación por medios electrónicos.

4.3. Clases de declaración unilateral de la voluntad

El CCDF reglamenta esta fuente de las obligaciones en sus artículos del 1860 al 1881 inclusive, incluyendo tres formas a saber:

- Ofertas al Público (artículos 1804, 1805, 1806 y 1860 a 1867, inclusive);
- Estipulación a favor de tercero (artículo 1868) y;
- Documentos civiles pagaderos a la orden o al portador (artículos 1873 a 1881, inclusive).

Cada una de estas subclasificaciones tienen cabida en la definición arriba transcrita, incluyendo además, como bien comenta Gutiérrez y González otras tantas que precisamente por ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes no fueron previstas por el legislador como tales, no obstante son de uso muy común tales como los negocios jurídicos unilaterales como el poder y el testamento, así también como la constitución del régimen de propiedad en condominio (artículos 4, 10 y 14 de la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal) y la hipoteca por voluntad del dueño (artículo 2920 CCDF), entre otras.⁶⁸ Aspecto que brinda y reviste el argumento

⁶⁸ Además de un número considerable de tesis aisladas que permiten concluir que la clasificación regulada en el Código Civil es meramente ejemplificativa y no limitativa, en virtud

de que la declaración unilateral de la voluntad es una fuente general y no especial de obligaciones.

Para efectos de la presente tesis nos interesa únicamente abordar la oferta al público, así como sus subclasificaciones, dejando de lado la explicación de lo relativo a la estipulación a favor de tercero y a los documentos civiles pagaderos a la orden o al portador, debido a que consideramos que es la oferta de venta, la promesa de recompensa y el concurso con promesa de recompensa, las figuras más recurrentes en el ámbito de la contratación por medios electrónicos.

precisamente de la autonomía de la voluntad. Al respecto podemos citar las siguientes jurisprudencias: “HIPOTECA VOLUNTARIA. PUDE CONSTITUIRSE POR DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD... La hipoteca que no tiene el carácter de necesaria, sino voluntaria... puede constituirse en... una declaración unilateral de la voluntad... tanto más si el... Código Civil no define a la hipoteca como un contrato, sino como una garantía constituida sobre bienes. No es exacto, por otra parte, que los casos en que una declaración unilateral de voluntad produzca consecuencias jurídicas, estén limitativamente enunciadas por la legislación civil, pues si las disposiciones del Código Civil se refieren expresamente a los casos de ofertas al público, promesas de recompensas, estipulaciones de tercero y emisión de títulos, con ello no se significa que tales casos sean los únicos posibles y bien podría afirmarse la existencia de una regla en el sentido que la declaración unilateral de la voluntad sí es una fuente genérica de obligaciones, salvo los casos de limitaciones expresas del propio texto legal, de manera que no puede considerarse que el hecho de que el deudor pueda en su testamento mejorar la condición de su acreedor haciendo hipotecario el crédito simple, sea el único caso en que una manifestación unilateral de voluntad es bastante para imponer el gravamen hipotecario, advirtiéndose que no es verdad que el artículo 2800 del Código Civil en consulta señale que la hipoteca deba constituirse precisamente en un contrato, pues claramente especifica que la misma se contrae por voluntad, o sea, unilateralmente, así como en los convenios entre partes y por necesidad”. Séptima Época, tercera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 91-96, cuarta parte, página 46. “RECONOCIMIENTO DE ADEUDO. NATURALEZA JURÍDICA. El reconocimiento de adeudo no es, ciertamente, un contrato... no tiene por objeto crear, ni transferir obligaciones y derechos. Es, como su nombre lo indica, una manifestación unilateral de la voluntad por parte del deudor que reconoce adeudar una suma determinada de dinero; reconocimiento que supone la existencia anterior del contrato o acto jurídico que dio origen a esa obligación reconocida. Por la misma razón, la ley no incluye el reconocimiento de adeudo entre los actos unilaterales de voluntad... en términos de los artículos 1860 a 1881... enumeración... que no tiene carácter limitativo, sino enunciativo, ... existen actos unilaterales de voluntad que la ley no menciona como fuentes productoras de obligaciones, pero que, evidentemente, deben reconocerse como tales; entre estos actos que la ley no enumera, pueden señalarse: la oferta pública de permuta, la oferta pública de arrendamiento, el reconocimiento de adeudo o también el perdón, la remisión de deuda, etcétera... conforme a los artículos 1858 y 1859... nada se opone a que pueda legalmente otorgarse eficacia plena al reconocimiento de adeudo por cantidad líquida, pues no obstante ser una simple declaración de voluntad del deudor, y que no se trata de crear una obligación ‘ex novo’ a modo de oferta, sí revela y pone de manifiesto una obligación preexistente, cuyo origen y desenvolvimiento a través del tiempo no se conoce con detalle, pero queda revelada por el reconocimiento hecho por el deudor, máxime si dicha manifestación da origen al nacimiento de un título que la legitima y obliga a su cumplimiento, como es la escritura pública en que consta el título ejecutivo en que se funda la acción respectiva” Séptima época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* 79 cuarta parte, página 75.

4.3.1. Oferta al público

De la lectura del artículo 1860 del CCDF podemos desprender que la oferta al público es: el hecho de ofrecer objetos en determinado precio, lo cual obliga al dueño a sostener su ofrecimiento. Tiene tres subclases a saber: oferta de venta, promesa de recompensa y concurso con promesa de recompensa, las cuales definimos a continuación.

1. Oferta de venta. Es el acto consistente en exhibir un bien con su correspondiente precio de venta, que se hace de forma abierta a cualquier interesado en adquirirlo. Es una policitud que se realiza de manera expresa en cualquiera de sus tres vertientes: verbal, por escrito o por signos inequívocos. En el caso de las ofertas hechas por medios electrónicos (la cuales sólo aplican en materia federal) no hay un cambio trascendente para su formulación, no obstante es importante subrayar que, en materia de comercio, adolecen en muchas ocasiones de los elementos indispensables para ser consideradas como ofertas, lo que genera que no se puedan considerar como ofertas de venta, sino simplemente invitaciones a contratar. Muchas veces encontramos frases o leyendas debajo del precio que se exhibe a manera de excluir determinados servicios, o de limitar a cierto número de adherentes a la oferta los beneficios indicados, o incluso el señalamiento de que las condiciones pueden variar al momento de celebrar la contratación, motivo por el cual no pueden ser consideradas como ofertas, debido a que no reúnen los requisitos de una verdadera declaración unilateral.

2. Promesa de recompensa. Se refieren a ella los artículos del 1861 al 1865, inclusive del CCDF, y el primero de ellos la define de la siguiente forma: El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a una prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.

Es por tanto una declaración unilateral de voluntad consistente en ofrecer un premio o gratificación a cualquier individuo que reúna los requisitos fijados en la oferta.

3. Concurso con Promesa de Recompensa. Esta subclasificación de la declaración unilateral de voluntad se encuentra reglamentada en los artículos 1866 y 1867 del CCDF, y a decir de Gutiérrez y González, se define como *la declaración unilateral de voluntad que hace una persona llamada promitente, en el sentido de mantenerse en aptitud de cumplir una prestación que él especifica, en favor de la persona que por tener las cualidades necesarias, interviene en un concurso o competencia, y obtiene la más alta puntuación o calificación, al realizar o cumplir la prestación que a su vez solicita el promitente*⁶⁹.

Podemos anotar en este apartado que la diferencia entre la simple promesa de recompensa y ésta, consiste en que aquélla se dirige a cualquier persona, mientras que el concurso con promesa de recompensa va dirigido a un especial grupo de personas; es decir, que se requiere cumplir con ciertas cualidades para aspirar al premio ofertado. Incluye también, conforme al artículo 1867 del CCDF, la facultad de designar a un jurado quien resolverá la asignación del premio dentro de los que participen en el concurso, analizando que hayan reunido los requisitos necesarios. Es requisito esencial de esta declaración unilateral el contar con un plazo, pues, de no establecerse, el promitente nunca estaría en disposición de cumplir con lo ofrecido.

4.3.1.1. Elementos de la oferta

1. Es una policitud. Es un ofrecimiento de manera abierta y general que surge a partir de una manifestación de voluntad expresa o tácita, entre presentes o no presentes con la peculiaridad de que aun no ha sido

⁶⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. op. cit. pág. 538.

aceptada⁷⁰. Expresa porque puede darse de manera verbal a través de anuncios de viva voz o pregrabados que anuncian los precios de bienes o servicios; o por escrito, a través de anuncios colocados en el exterior de una tienda y tácita cuando se exhiben los objetos, de tal manera que se de a entender que están disponibles para su venta, así como toda la serie de actos que permitan presumir dicho ofrecimiento. En el contexto tecnológico a través del cual planteamos esta investigación los ejemplos no varían en esencia pues la oferta será expresa cuando se despliegue en la pantalla de una computadora, teléfono celular, agenda electrónica o cualquier otro aditamento ya existente o por existir información por escrito y/o verbal respecto al producto o servicio que se ofrece para su venta, consignación, arrendamiento, etc. Será tácita cuando, aun a pesar de contar con los elementos conocidos como “multimedia” que permiten la escritura, la voz e imágenes en cualquier gama de colores, el ofrecimiento se limita a exhibir el producto o servicio y su precio sin más detalles, pero dejando “campos” para que el futuro aceptante realice un “clic” con el “mouse” o tecla según el caso y haga una exploración más a detalle, con lo cual se cumple el supuesto de hechos o actos que presumen o admiten presumir el ofrecimiento de los bienes o servicios.

Sin adentrar de manera detallada en la explicación –lo que haremos en párrafos posteriores- podemos decir que la oferta será entre presentes cuando físicamente o virtualmente las personas se intercambian información acerca de lo que uno le ofrece al otro vender o comprar y su respectivo precio; y entre no presentes, cuando se haga el intercambio de dicha información a través de correo postal, telegrama o correo electrónico. En este último caso siempre que se reúnan ciertos requisitos.⁷¹

2. Es válida en cualquier tipo de contrato. A pesar de que el artículo 1860 del CCDF está redactado de tal forma que sólo admite la oferta de venta,

⁷⁰ **GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ**, Ernesto. op.cit. pág. 263. Quien se expresa de esta manera: “La policitación es recepticia. Este termino no se usa en la ley, pero es un vocablo jurídico-doctrinario que de manera plástica y efectiva denota cómo, la declaración de voluntad no surtirá sus efectos –de integrar el consentimiento-, hasta que no se recibe y fusiona con la aceptación...”.

⁷¹ Para algunos autores como Bejarano Sánchez es más propio hablar de comunicación mediata e inmediata al diferenciar la contratación entre no presentes y presentes, respectivamente, con lo cual asentimos.

consideramos que no es la única manera en que se puede ejecutar esta disposición, pues cualquier tipo de oferta para celebrar cualquier tipo de contrato es válida⁷².

3. Es de carácter recepticia. Requiere del concurso de una voluntad-aceptación que esté acorde a dicha oferta para que se configure la obligación. Hasta que la oferta no se fusione con la aceptación no se puede dar por configurado el consentimiento.

4. Puede dirigirse a personas indeterminadas. No obstante, deben ser determinables en el momento mismo en que la propuesta u oferta es aceptada por una persona a quien está dirigida la oferta.

4.3.1.2. Doble reglamentación de la oferta

Hemos señalado en párrafos anteriores que para GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ el artículo que reglamenta la oferta como declaración unilateral de la voluntad es innecesario en virtud de que existen los artículos 1805 y 1806 del CCDF que reglamentan las ofertas como parte integrante del consentimiento dirigidas a personas presentes o no presentes, con o sin fijación de plazo para aceptar; y es, a decir de dicho autor, el lugar donde encaja esta declaración unilateral, por lo cual el artículo 1860 del CCDF pasa a ser una simple repetición de lo expuesto en aquellos artículos. De tal suerte que podemos argüir en torno a una doble reglamentación o al menos una confusión por cuanto hace a la reglamentación de las declaraciones unilaterales de voluntad en el código civil para el Distrito Federal.

Si lo hasta aquí indicado aun no es suficiente para argumentar en favor del carácter de fuente general de obligaciones que tiene la declaración unilateral

⁷² Seguimos en este sentido el criterio de GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ quien además hace notar que, debido a la existencia de los artículos 1805 y 1806 del CCDF, lo dispuesto por el artículo 1860 del mismo ordenamiento es repetitivo y genera confusión, dándole una ambivalencia a la oferta de parte integrante del consentimiento y de acto jurídico que produce sus efectos propios y específicos como declaración unilateral de la voluntad op.cit. pág. 535.

de la voluntad, quizás sea pertinente citar al maestro ROJINA VILLEGAS, quien reflexiona al respecto del potencial que esta figura jurídica tiene, a partir de la interpretación del artículo 1859 del CCDF: “Existe en nuestro derecho un precepto que debe ser meditado detenidamente, pues en nuestro concepto constituye una de las bases para que, tanto entre nosotros como en aquellos derechos positivos que en este aspecto llevan el mismo ritmo de evolución, se elabore, en un futuro próximo, un régimen de declaración unilateral de la voluntad que alcance un radio de acción muy superior al limitadísimo de la actualidad...”⁷³

4.3.1.3. La fuerza vinculante de la oferta

Para explicar este apartado nos basarnos en los comentarios vertidos por HERNANDEZ GIL, el cual relata el camino histórico que ha recorrido la institución de la declaración unilateral de la voluntad y la confronta con el principio de autonomía de la voluntad, de lo cual nos parece importante citar el siguiente fragmento de su obra:

“El atribuir a la promesa unilateral fuerza vinculante es, sin perjuicio de algunos precedentes romanos y germánicos, una conquista relativamente reciente... la máxima concesión a la voluntad en la producción de las obligaciones la representa el que, por obra estrictamente de una sola voluntad (sin la concurrencia de otro concordante que da lugar, en términos amplios, a la figura del contrato) advenga obligado el emitente. La obligación en este caso es, en el sentido más absoluto, una auto-obligación. El deber incorporado a la declaración unilateral presupone el reconocimiento de un poder autónomo. Y, sin embargo, se da la circunstancia de que la atribución de fuerza vinculante a la promesa unilateral no coincide, al menos en su desarrollo, con el apogeo del dogma de la autonomía de la voluntad. Es un logro posterior que se abre paso en el período de rectificación y crisis del dogma de la autonomía, el cual, partiendo, claro es, del poder de la voluntad, hacía recaer su eficacia jurídica no tanto en ella misma cuanto en el pacto libremente concertado. Pero ha de advertirse... que no es propiamente una sobreestimación de la voluntad, un extraer de ella una última consecuencia, lo que ha llevado al reconocimiento de la promesa unilateral como fuente de las obligaciones... Se piensa que ciertas declaraciones del individuo, concernientes a intereses tutelados por el

⁷³ **ROJINA VILLEGAS**, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 3. 27a. Edición. Editorial Porrúa, México 2007. Pág. 201.

derecho, que adquieren una general exteriorización que se dirigen a un concreto destinatario, como ocurre, respectivamente, con la promesa pública y la oferta de contrato, no pueden quedar relegadas al puro arbitrio; tales declaraciones, constitutivas de promesas de un obrar determinado, aparecen dotadas de una trascendencia social a impulsos de la actuación del emittente que, por propia iniciativa, suscita el interés y la confianza en los demás...⁷⁴

4.3.1.4. Requisitos de la oferta

Como ampliamente hemos comentado, la oferta debe cumplir con ciertos elementos para ser perfecta y estar en aptitudes de configurar un consentimiento, SÁNCHEZ MEDAL los enlista de la siguiente manera⁷⁵.

1. Voluntad real. No basta con expresar la voluntad, esta debe además provenir de persona capaz, y que no adolezca de capacidad legal o natural. Quien manifieste su voluntad de contratar deberá tener la edad requerida por la ley y no adolecer de una incapacidad legal o natural (artículo 450 CCDF), esto es, no estar bajo los influjos de alcohol o drogas sino en estado de lucidez, etc.

2. Voluntad seria y precisa. Que no sea una oferta hecha a manera de juego o con fines didácticos, simulada o expresada vagamente. Este punto es de gran trascendencia porque teóricamente reviste el discurso con una serie de argumentos idóneos para sostener que quienes ofertan por correo electrónico o páginas de Internet sus productos o servicios y acompañan leyendas con letras diminutas o en movimiento que no permiten informar en su totalidad al aceptante los términos en los que la propuesta es hecha no están actuando con seriedad y precisión, elemento fundamental para que se configure dicha oferta. Asimismo, existe la duda respecto a si en verdad una oferta hecha con estas deficiencias puede ser llamada oferta o simplemente negociaciones preliminares debido a que es muy vaga la frontera que los divide.

⁷⁴ HERNANDEZ GIL, Antonio. op. cit. pág. 174.

⁷⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. pág. 11.

3. Una declaración exterior. Es decir, que la voluntad sea manifestada según lo dispuesto por el artículo 1803 del CCDF, en forma expresa o tácita. La forma expresa se manifiesta de manera verbal (una llamada telefónica, una propuesta de viva voz); por escrito (una carta, un comunicado, una notificación privada o pública); por signos inequívocos (asentir con la cabeza, hacer un gesto de aprobación, un guiño, mover las manos en señal de acuerdo) y en materia federal también por medios electrónicos, ópticos u otras tecnologías tales como un correo electrónico, un fax, un mensaje de texto vía teléfono celular y en general cualquier medio conocido o por conocerse, sin dejar de lado las tecnologías más rudimentarias de que se tenga conocimiento, pues el precepto en ese sentido es tan incluyente que permite hablar de las técnicas que ya existen, de las que existieron pero que han caído en desuso, y de las que existirán. Al respecto de esta última idea la exponemos más ampliamente en capítulos posteriores.

4. Que la voluntad tenga un determinado contenido. Atendiendo a las doctrinas de la voluntad interna y de la voluntad declarada, SÁNCHEZ MEDAL opta por ubicar a nuestro sistema como de voluntad interna-declarada, que, a nuestro parecer, más que un determinado contenido, la oferta debe indicar un determinado objetivo, a lo que el CCDF se refiere en su artículo 1795 fracción III cuando se refiere al motivo o fin determinante de la voluntad, el cual debe de cumplir con el requisito de licitud para configurarse primeramente el consentimiento y posteriormente dar paso al contrato que se forme a partir de la activación de todo el engranaje generado a partir de la declaración de dicha voluntad.

4.3.2. La Oferta Electrónica

Definida la oferta, así como sus elementos y naturaleza jurídica, desde una óptica que podríamos llamar *tradicional*, ahora nos corresponde abordar su vertiente electrónica, por lo que, desde ese punto de vista, la podemos definir como una *declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través*

*de medios de comunicación y/o medios informáticos, invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta por la sola aquiescencia de esta.*⁷⁶

Si hacemos un repaso de las teorías del hecho jurídico y del principio de la autonomía de la voluntad analizadas en capítulos anteriores, en contraste con el movimiento tecnológico que estamos experimentando en nuestro país – producto de un fenómeno internacional- no podemos dejar de comentar que vivimos precisamente esta era de avances con instituciones jurídicas del siglo XIX y con una mentalidad en cierta medida de la edad media. No en balde se dice que los avances en materia tecnológica caminan a pasos agigantados mientras que las instituciones sociales son más difíciles de cambiar, requieren más tiempo y asimilación por parte de los estudiosos del campo de lo social y de la sociedad en sí misma.

No obstante, consideramos que el legislador del Distrito Federal ha sabido interpretar con cierto atino determinados cambios experimentados en instituciones como el matrimonio, y en prácticas recurrentes como el aborto y la donación de órganos -por mencionar algunos de los más trascendentes- que han concluido en una regulación más detallada y precisa de dichos fenómenos, incluso podemos hablar de una exaltación de la autonomía de la voluntad nunca antes vista, principalmente por lo que toca a aspectos de derecho privado familiar y no patrimonial, lo cual nos hace suponer que hay una vertiente progresista y por ende un campo fértil para la mejora continua, la cual debe esparcirse a otras áreas del conocimiento, en el caso específico que nos incumbe, al tratamiento de los aditamentos tecnológicos y su factibilidad para ser los medios idóneos de la declaración de la voluntad de quien pretende obligarse de manera unilateral, llevando de la mano toda la serie de actividades previas a la creación de obligaciones.

⁷⁶ **DE LA MAZA**, Gazmuri Íñigo, Coordinador. *“Derecho y tecnologías de la información”* Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho Chile, 2002. pág. 172.

Es importante tener en cuenta que la oferta, como declaración unilateral de voluntad, es una figura jurídica de las más recientes –a diferencia de las demás fuentes concebidas desde el código napoleón, el cual ha sido la principal base y fundamento de nuestras codificaciones civiles- que fue adoptada en el código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de 1928, a partir de las influencias del derecho alemán moderno; es por tanto una figura huérfana, adoptada sin una metodología acorde con la corriente pandectista, pues quizás con el acogimiento de la teoría del negocio jurídico pudiera haberse acoplado mejor a nuestra legislación; máxime que, respecto a cierta parte de su clasificación⁷⁷ la mayor parte de la doctrina la considera derogada, lo cual le reduce interés un tanto por evitar entrar a la discusión de su vigencia y un tanto más porque no es vista como una herramienta idónea para la creación de obligaciones civiles. Es decir, que su utilidad no se vislumbra y por tanto la falta de interés en su reglamentación, por lo que, al agregar el elemento tecnológico a esta fuente de obligaciones se vuelve un tema doblemente complicado de estudio para los juristas.

A pesar de ello, la oferta electrónica puede presumir de una ambivalencia, pues se le puede considerar como elemento integrador del consentimiento y como acto jurídico que produce sus efectos propios⁷⁸ con la única salvedad de que se utilizará algún aditamento tecnológico para dilucidar la voluntad del emisor.⁷⁹

Además, como vimos en el capítulo segundo de esta tesis⁸⁰ la información que genere el oferente, desde el punto de vista de una declaración unilateral de voluntad, debe estar acorde con el principio de equivalencia

⁷⁷ Nos referimos al otorgamiento de documentos civiles pagaderos a la orden o al portador, que tanto para GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ como para BORJA SORIANO, han quedado derogadas.

⁷⁸ **GUTIÉRREZ Y GONZALES**, Ernesto. op.cit. Pág. 535

⁷⁹ **DAVARA RODRÍGUEZ**, Miguel Ángel. op. cit. Pág. 195.

⁸⁰ Ver numerales 2.6. y 2.7.

funcional, y los conceptos de *original*, *firma* y *mensaje de datos*, lo cual es un requisito necesario para su validez.

Queremos hacer énfasis en esto porque es lo peculiar en esta nueva vertiente, las particularidades son la utilización del medio electrónico para la formación de la voluntad –la forma electrónica de consentir- y a través del medio electrónico permanece en la mayoría de las ocasiones, prueba cierta del negocio, pues, en definitiva es un contrato escrito *sui generis* o documento electrónico⁸¹.

4.3.2.1. Beneficios y limitaciones de la oferta electrónica

a) Beneficios

1) Cuando la oferta se envía mediante un correo electrónico a un destinatario – determinado o no- , las posibilidades de negociar los términos del acuerdo son mucho mayores, y por ende también la posible entrada de mayores contingencias que afecten a la base de formación del contrato, precisamente porque, debido al modo de comunicación elegido para transmitir la oferta, se abre la posibilidad de discutir los términos del futuro contrato.

2) Debido a que la oferta se realiza a través de aditamentos electrónicos, la exposición del bien o servicio que se ofrece puede ser a través no sólo de texto, sino a través de imágenes, audio y una serie de preguntas frecuentes previamente contestadas, así como unión a un blog de consumidores del producto, etc.

b) Limitaciones

⁸¹ **MORENO NAVARRETE**, Miguel Ángel. *Derecho-e, Derecho de Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 24.

Nos referimos principalmente al obstáculo técnico que genera el artículo 1808 del CCDF que dice lo siguiente:

“ARTICULO 1808.- La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica para el caso en que se retire la aceptación.”

Para el caso de que se pretenda retirar una oferta hecha, habrá que considerar dos aspectos: i) que la oferta se haya hecho en un canal abierto como internet; y ii) que se haya realizado a través de un correo electrónico. En el primer caso sí pudiera aplicar el supuesto previsto por el artículo en comento, en el segundo caso, por causas técnicas y debido a la “inmediatez” con la que los mensajes de datos llegan a depositarse en los buzones de correo electrónico de los destinatarios es prácticamente imposible recibir una retractación antes que la aceptación. Consideramos que de aprobarse reformas en materia civil a la oferta sin tomar en cuenta el impedimento técnico previsto en este artículo generará una laguna legal.

4.3.2.2. Oferta definitiva del contrato por medios electrónicos

En este apartado queremos hacer notar que existen ofertas que pueden considerarse como preparatorias y cuyo fin único es servir como tratos preliminares -respecto a cómo procederán las partes en caso de que lleguen a contratar- en ese sentido entendemos que la oferta y aceptación correspondientes pueden formar parte de una dinámica previa al contrato principal, es decir, que hay ofertas y aceptaciones dentro de una fase precontractual pero que no por ello dejan de tener la validez y fuerza de una declaración de voluntad.

Nos parece importante hacer notar este espacio de tiempo previo al contrato y analizarlo a la luz de la creciente utilización de los medios electrónicos como vehículo para llegar a la contratación, pues de incrementarse

el uso, como se tiene previsto, debido a diferentes factores entre ellos el de la rapidez, el contexto para la configuración de los contratos puede tomar un cambio positivo si el legislador se avoca a regular los tratos preliminares y los hace participes dentro de todo el proceso de configuración del contrato.

Es decir, debido a la rapidez con que llega un mensaje que contiene ofertas o invitaciones para discutir o proponer los términos de un futuro contrato a nuestro correo electrónico (el cual podemos revisar desde una computadora, agenda electrónica, teléfono, televisión, etc) la información es casi instantánea, pero también es más directa con relación a quien la envía, por lo cual, también debe de contemplarse por un lado la virtud de tener a la mano el contacto directo con el oferente y saber más acerca de quién es y las actividades que realiza, lo cual brinda seguridad; por otro lado está también la posibilidad de entrar en una serie de dinámica de intercambio de información que permita saber más del producto o servicio que se ofrece y en su caso hacer una contraoferta o llegar a definir si se está ante una verdadera policitud o simplemente son tratos preliminares o es una oferta de contrato principal, es evidente que hay una incertidumbre respecto al momento en que una persona queda obligada para con otra al momento de aceptar debido a que no están claros los procesos a través de los cuales una persona queda obligada pero creemos que si se detallan este tipo de aspectos en la legislación se puede brindar mayor certidumbre al momento de contratar por medios electrónicos.

Por lo que respecta a los requisitos de la oferta que analizamos en incisos anteriores, consideramos que en el caso de faltar alguno de estos elementos en la oferta definitiva por medios electrónicos, no puede ser considerada una declaración unilateral de voluntad completa y con efectos vinculantes, por ello, en el caso de la contratación por medios electrónicos o telemáticos nos encontramos con dos situaciones posibles: 1) que la información que una empresa oferente difunde en el Web se considere como una oferta de contrato; o, 2) que la información sea únicamente constitutiva de una invitación a ofrecer.

Como ya hemos indicado, la nueva vertiente por medios electrónicos y telemáticos no conlleva a crear una nueva regulación sobre la contratación, sino simplemente es una nueva forma de expresión de la voluntad, por lo cual se aplican las mismas reglas del Código Civil, y en ese sentido si en una página Web o en un correo electrónico se expide una oferta con los elementos esenciales para el nacimiento de un contrato, bastando únicamente la aceptación de un sujeto determinado o indeterminado, será muy difícil probar que el proponente no quería expedir una oferta, por lo que la declaración de voluntad expresada generará todos sus efectos vinculantes. Habrá ocasiones en que incluso en la propia página Web se derive la posibilidad de contratar, por ejemplo, si se indican determinados procedimientos a seguir por parte del aceptante para mostrar su conformidad. En este sentido, el prestador de servicios –oferente- debería explicar al consumidor los diferentes pasos técnicos a realizar dentro de la página Web a fin de perfeccionar el contrato a través de la expresión de su voluntad mediante un clic, con lo que tendríamos nuevamente un ejemplo de oferta vinculante.

No obstante, debemos considerar que, debido a como se encuentra regulada la autonomía de la voluntad en materia mercantil -que es donde actualmente tiene vigencia la contratación por medios electrónicos- el anunciante u oferente es libre para determinar que su declaración, pese a reunir objetivamente todos los requisitos de la oferta del contrato – enumerados en párrafos anteriores – no es tal oferta, lo que se distingue a partir de la lectura de frases como: “aplican restricciones”, “sujeto a términos y condiciones”, “para mayor información visite a su distribuidor autorizado”, entre otros.

CAPÍTULO QUINTO

El proceso de conformación del consentimiento en los actos jurídicos

5.1. Planteamiento

Como ya hemos comentado en capítulos anteriores, es en el modo de expresar la voluntad y en la configuración posterior del consentimiento en donde se experimentan los principales cambios debido a la aparición de las nuevas formas o medios para expresar la voluntad. En adición a esto, los dispositivos tecnológicos que permiten equiparar la voluntad de la persona aceptante u oferente y la noción de que efectivamente se está configurando un concurso de voluntades –consentimiento- con la misma validez que si se hiciera de manera tradicional, traen consigo la imperante necesidad de un cambio de paradigmas tanto en la esfera social como jurídica: se trata de una revolución en lo que ha concepción de lo virtual se refiere. Por tal motivo, se requiere hacer una revisión de la inclusión de dichos dispositivos a la codificación local, con una consecuente revisión de la utilidad de las teorías que regulan la conformación del consentimiento. Lo poco explorado por tanto no es la falta de supuestos en los que se pudiera encuadrar la expresión de la voluntad de las partes, sino el cómo equiparar un documento generado por medios electrónicos -que puede permanecer de manera virtual visible para el destinatario pero no palpable físicamente- a un documento de papel con firmas autógrafas o certificaciones oficiales que se plasman en el mismo con tinta indeleble. Este es, por lo tanto, otro cambio experimentado con el devenir de las nuevas tecnologías.

En el presente capítulo abordaremos lo referente a la última etapa dentro del proceso de convertir las declaraciones unilaterales de voluntad –oferta y aceptación- en un consentimiento, a través de los nuevos dispositivos generados gracias al desarrollo de la tecnología -que en teoría permiten

expresar la voluntad de ofertantes y aceptantes- además, analizaremos si dicha expresión de voluntad es válida y acorde con la teoría dominante en nuestra legislación relativa a la conformación del consentimiento, para lo cual hemos de confrontar este nuevo fenómeno con las teorías existentes y hemos también de brindar un comentario al respecto. Asimismo, en el presente capítulo nos abocaremos a la equiparación de documentos virtuales con los documentos escritos con tinta en soporte físico papel y comentaremos sus diferencias e importancia.

5.2. El Consentimiento

Una vez que hemos hablado de las voluntades oferta y aceptación, estamos en posibilidad de hacer algunos comentarios en torno a lo que la unión de ellas produce, que es el consentimiento o acuerdo de ambas voluntades, lo cual refleja un concurso de pretensiones opuestas pero concordantes para alcanzar un objetivo en común, una creación de derechos y obligaciones.

Consideramos importante establecer una diferenciación entre la etapa de oferta-aceptación -que bien podríamos considerar como de *tratos preliminares* entre los futuros contratantes- y el resultado que deviene de dicha etapa, que es el consentimiento, pues esto genera el nacimiento de un contrato y se empiezan a generar efectos legales⁸².

5.2.1. Diversas acepciones del término consentimiento

Al hablar de consentimiento nos podemos referir a diferentes significados, tales como: 1) el consentimiento como elemento de existencia en los actos jurídicos; 2) el consentimiento como requisito de validez de los mismos [ausencia de vicios del consentimiento]; 3) el consentimiento como

⁸² Nos ilustra Bejarano Sánchez al respecto: "...antes de su formación [del consentimiento] no hay contrato ni obligaciones (solamente la de mantener la propuesta en los casos excepcionales en que surte efectos autónomos) ..."

aceptación, y 4) el consentimiento como acuerdo de voluntades, siendo el último de estos significados el que pretendemos desarrollar en este apartado.

En ese sentido, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o la transmisión de derechos y obligaciones (ROJINA VILLEGAS). Recordemos que el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos, por tanto, todo consentimiento implica la manifestación de dos o más voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico, pero si existe la manifestación de voluntades y no existe el acuerdo, no hay consentimiento; además, si existe esa manifestación y se llega a un acuerdo, pero no se trata de un punto de interés jurídico, tampoco hay consentimiento; en ese sentido dos personas pueden manifestar su voluntad para ocurrir a una cita y ponerse de acuerdo en día, hora y lugar. Este concurso de voluntades que no tiene interés jurídico, no se llama consentimiento. Se requiere pues el concurso de voluntades a efecto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, para que jurídicamente se integre este elemento en el contrato o en el convenio.⁸³ Otro ejemplo es el que nos refiere Lozano Noriega al indagar en las diferencias entre matrimonio y concubinato: “En el concubinato encontramos un acuerdo de voluntades, precisamente, entre dos personas que pretenden llevar vida marital. Ya en el Código Civil, encontramos ciertos derechos en favor de la concubina (materia sucesoria, materia fiscal, etc.). Yo encuentro diferencias claras entre estas dos situaciones y, sin embargo, a nadie se le ocurre decir que en el concubinato, porque hay acuerdo de voluntades, es un matrimonio nulo; hay ahí un matrimonio inexistente, porque ha habido una ausencia total de formalidades.

El Código establece, a propósito del matrimonio, que debe celebrarse precisamente ante un funcionario especial... Supongamos que un funcionario encargado de llevar la fe pública (un notario, por ejemplo) se prestase, cosa para la que no está facultado, a otorgar una escritura de matrimonio. El acuerdo de voluntades existe; ese acuerdo existe en forma auténtica puesto que ha sido manifestado ante un funcionario público encargado de llevar la fe

⁸³ **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo V Obligaciones, Vol. I. Antigua Librería Robredo p. 310 y 311.

pública. ¿Eso sería un matrimonio? No, porque hay la ausencia total de formalidades que establece el Código⁸⁴.

5.2.2. Formas de configuración del consentimiento

En el capítulo anterior tocamos el tema de la expresión de la voluntad y las formas en que puede presentarse, para lo cual expusimos el contenido del artículo 1803 del CCDF, ahora bien, como hemos indicado, el Código Civil en el artículo citado entiende como consentimiento lo que más bien es la expresión de voluntad sea como oferta o aceptación, pero no obstante ello lo ya expuesto sirve para exponer al consentimiento, por lo cual citaremos nuevamente lo previsto en dicho artículo y haremos algunas precisiones al respecto.

5.3. La voluntad – aceptación

Hemos explicado que por oferta entendemos a la declaración unilateral de voluntad, recepticia, real, seria y con un determinado contenido que una persona o parte hace a otra para celebrar un determinado contrato, la cual se perfecciona si va precedida de una voluntad aceptación, configurándose así el consentimiento.

La aceptación es el acto jurídico mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella y, al igual que la voluntad-oferta, puede manifestarse en forma expresa o tácita. (Artículo 1803 CCDF).

Para poder hablar de aceptación debemos de asociarla inexorablemente con una oferta preexistente a la cual debe ajustarse sin salvedad alguna⁸⁵, por lo tanto, de existir aspectos técnicos que impidan descifrar su naturaleza

⁸⁴ **LOZANO NORIEGA**, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos*. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. 2da. Edición. México. 1970. Pág. 57.

⁸⁵ Ello sin dejar de lado que el proceso de configuración de la aceptación puede darse después de un largo y riguroso proceso de entendimiento con el oferente a través de tratos preliminares e intercambio de ofertas y contraofertas, lo cual pudiera por tanto demostrar lo complicado que resulta conseguir la conjunción de oferta-aceptación y la obligada separación con la que debe analizarse esta etapa y las subsecuentes.

jurídica o si por algún problema en el envío por medios electrónicos de la voluntad-oferta la aceptación no llega a su destino, no ha lugar a seguir hablando sobre el tema porque no es posible siquiera que se emita una voluntad de aceptación de algo que no se ha recibido.⁸⁶

Habrá voluntad-aceptación expresa de la misma manera y por los mismos medios en que se tiene configurada para con la voluntad-oferta: por medio verbal, por escrito y en materia civil federal también por medios electrónicos; la aceptación tácita se producirá si, por ejemplo, una persona toma uno de los objetos que se exhiban a precio fijo y paga su valor, o si entra al local del que ejerce una profesión u oficio según tarifa y paga u ofrece la tarifa respectiva. Con todo ello se entiende configurado el consentimiento en su acepción de concurrencia de voluntades y también en su forma de elemento de existencia para la creación de obligaciones.

5.3.1. Requisitos

Además de los requisitos que enumeramos para la configuración correcta de la oferta, la aceptación debe cumplir con dos requisitos adicionales: a) debe ser pura y simple, y b) debe darse mientras la oferta este vigente.

a) Pura y simple: esto significa que la adhesión a la oferta debe ser total, y corresponder exactamente a ella, debe corresponder en cuanto a las personas, cosa y a la naturaleza y modalidades del acto jurídico que se trata de formar. Por consiguiente, no es aceptación válida la que proviene de una persona distinta del destinatario, o la que contiene modificaciones a la oferta, reservas, nuevas condiciones o sólo un pronunciamiento parcial sobre la misma.

En la contratación por medios electrónicos regularmente la aceptación se hace a distancia, en ese sentido, aun existe gran inseguridad sobre si la persona con la que se contrata es quien dice ser, aspecto que ha venido muy

⁸⁶ **DAVARA RODRÍGUEZ**, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Editorial Aranzandi. España, 1998. pág. 186.

en auge debido a la creciente implementación de las nuevas tecnologías, lo cual acarrea serias problemáticas que el Derecho debe regular para evitar, por ejemplo, problemas como el de suplantación de identidad.

Aquí nos encontramos ante una vertiente distinta, debido a que en ciertas ocasiones, si existen contratos-marco entre oferente y aceptante, ya se encuentran regulados y automatizados los lineamientos para la exteriorización de la voluntad y no se podrá negar la validez del contrato, conforme al principio de no repudio ampliamente conocido en las legislaciones internacionales y leyes marco.

Además de que la aceptación debe ser pura y simple, debe tenerse presente que tratándose de contratos reales se requiere de la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato.

b) Mientras la oferta esté vigente: Esta clasificación debe analizarse desde dos vertientes, la primera se refiere al plazo que el oferente concede al aceptante para expresar su voluntad aceptación y la segunda nos refiere a los lineamientos legales a seguir para el caso de que la oferta haya sido realizada por el oferente sin fijación de plazo para aceptar, supuesto que debe analizarse dependiendo si la oferta fue hecha en presencia de las personas destinatarias de dicha oferta o no.

5.4. Plazo concedido por el oferente para aceptar

El oferente tiene la facultad de fijar un plazo mayor que el señalado por la ley para que el destinatario estudie la propuesta y responda (artículo 1804 CCDF), tiempo durante el cual la manifestación de la voluntad por parte del aceptante será perfectamente válida y obliga al oferente a respetar el tiempo pactado; a no ser que el mismo autor de la oferta la retire y el destinatario reciba la retractación antes que la oferta (artículo 1808 CCDF).

Al respecto de lo enunciado en el párrafo anterior, consideramos que con el uso de las nuevas tecnologías como medio para expresar la voluntad es casi

imposible recibir la retractación antes que la oferta, la velocidad con la que la información viaja a través de los medios electrónicos es la característica distintiva de este sistema de comunicación y, por lo tanto, la reglamentación al respecto prevista en el Código Civil se vuelve obsoleta. Si consideramos que la *ratio legis* del artículo 1808 del CCDF está sustentada en la dificultad de allegarse de la información debido a la lejanía de las personas de un centro de información y comunicación (oficina de telégrafos o correo, mensajería, etc.) y en lo previsto por el artículo 1806 del mismo ordenamiento, que contempla la ida y vuelta regular del correo público así como la facilidad o dificultad de las comunicaciones, tendremos que separar este supuesto y no considerar dentro de esta posibilidad a la contratación por medios electrónicos.

A falta de un plazo voluntario (que comúnmente fija quien produce la oferta) la ley señala el tiempo de duración legal tanto para la oferta entre presentes como para la oferta entre ausentes.

En el primer caso la aceptación debe darse de inmediato, es decir, se requiere que la oferta sea aceptada en el acto mismo de ser conocida por la persona a quien se dirige y si no se produce una aceptación (con los requisitos arriba enumerados) el proponente queda libre de todo compromiso. Esta misma solución debe aplicarse a ofertas entre ausentes cuando se emplea un medio electrónico como el teléfono porque se equipara, por una ficción del Derecho, a las personas como si estuvieran la una enfrente de la otra intercambiándose sus voluntades.

El segundo caso, el de la oferta entre ausentes, es aplicable cuando las partes residen en lugares diversos y debido a ello la oferta se mantiene el tiempo necesario para la ida y vuelta del correo público o del que se juzgue bastante en caso de no haber correo según las distancias y facilidad o dificultad de las comunicaciones, vencidos los plazos indicados, la propuesta queda sin efecto.

5.5. Precisiones

No es necesario citar más que el artículo 1806 del CCDF para hacer notar que contempla una regulación completamente separada de la realidad actual, por un lado es la reminiscencia del anterior código de 1928 cuya competencia no sólo era para el Distrito Federal sino también en materia federal y por ende debía contemplar aspectos como el de lejanía entre las poblaciones –aunado a la problemática de la comunicación que efectivamente había en aquella época– y por otro lado demuestra el poco interés por tener un código civil a la vanguardia en lo que a medios de comunicación e información se refiere, pues el avance de las tecnologías permite tener comunicados a la totalidad de las delegaciones que conforman la Ciudad de México y por ende este artículo consideramos debe ser actualizado.

Por lo que respecta en materia federal, el artículo 1803 del CCF prevé que la aceptación expresa se exterioriza por medio del lenguaje oral, escrito o mímico o por medios electrónicos ópticos o por cualquier otra tecnología o por signos inequívocos y, además, el artículo 1811 del mismo ordenamiento incluye las nuevas formas de contratación que utilizan la más moderna tecnología como el fax, la computadora, etc. y determina que tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos ópticos o de cualquier otra tecnología “no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos”.

5.6. Formas de configuración del consentimiento

Una vez que hemos abordado las dos caras de la voluntad, como oferta y como aceptación, ambas como declaraciones unilaterales de la voluntad, toca el turno de enlistar las formas tradicionales de configuración del consentimiento como elemento de existencia de los actos jurídicos, previstas en el artículo 1803 del CCDF. También haremos mención a los elementos distintivos de la forma electrónica, previstos en el CCF.

A. Expresa

El consentimiento puede ser emitido de manera expresa cuando se exterioriza por medio del lenguaje oral, escrito o mímico, y en materia civil federal también por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología o bien por signos inequívocos, y en general en los casos en que por ley o por convenio deba manifestarse de esa manera. En ese sentido hay contratos que conforme a la ley deben ser por escrito -también llamados formales- pues necesitan de un consentimiento expreso y la figura idónea es la escrita en la cual las partes están en aptitud de estampar su firma, rúbrica o la impresión de su huella digital. (Artículos 1803, CCDF y CCF, respectivamente).

Existen diferentes formas de consentimiento expreso a saber:

a) Verbal.

Como su nombre lo indica, se manifiesta de viva voz y de manera clara y fehaciente, en la cual como elemento característico se expresan palabras propias del comercio habitual. Pareciera que no hay mucho que decir al respecto, pues más bien los comentarios doctrinales van en el sentido de observar sus deficiencias, en tal virtud se dice que esta forma de consentimiento no es la más segura, como lo señalan dichos tan utilizados como el de “papelito habla”, entre otros. Ello porque no obstante estar regulada su fuerza y su alcance, cuando se pretende hacer efectivo y deviene un incumplimiento, no se cuenta con los medios que permitan comprobar que dicho consentimiento se dio, pues la representación verbal simplemente requiere eso, que se viertan una serie de palabras, entonces el problema se vuelve más bien técnico cuando se pretende ejercitar ante los tribunales correspondientes el cumplimiento del contrato creado.

Con el avance de las tecnologías, ha surgido el debate en torno a considerar esta subclasificación realmente como verbal o no, debido a que esto se puede volver en un mensaje de datos si el mismo se presenta por medio de una llamada telefónica vía internet o mensajero instantáneo, pues ello permite que pueda ser archivado para su ulterior consulta, con lo cual se podría estar en posibilidad de hacer efectivo su contenido en caso de incumplimiento siempre que pueda ser susceptible de considerarse como prueba en juicio.

b) Por escrito

La tinta y el papel han sido los elementos normales y ordinarios para expresar de manera concreta no sólo el consentimiento sino el contrato en sí mismo, el cual, desde ese punto de vista define ZAMORA Y VALENCIA como "... [el] resultado material del proceso contractual que se plasma en un título, generalmente escrito, que contiene los signos sensibles que objetivizan la voluntad de los contratantes, que está destinado a perdurar y que tienen diversas formalidades, entre las que destaca la certeza de los pactos convenidos y su prueba a futuro.

El contrato en ese sentido – continua diciéndonos – es un instrumento histórico con la posibilidad de ser analizado y estudiado mucho tiempo después de su redacción.

Su estudio permite conocer no sólo la legislación vigente en el momento de su redacción, sino la cultura general del pueblo en el que se instrumentó, alguna de sus necesidades y la manera de satisfacerlas."⁸⁷

De los anteriores comentarios podemos desprender que el autor define al contrato desde el punto de vista de objeto material en el que se convierte, es decir, el contrato entendido como documento y el consentimiento plasmado de manera escrita en él para evidenciar la voluntad de las partes, lo cual es la forma habitual y más utilizada hoy en día. Además, el autor nos vierte algunas características benéficas de su utilización: perdura en el tiempo, da certeza jurídica, refleja ciertas raíces culturales, etc.

Al respecto de estas dos formas de manifestación del consentimiento, BONNECASE comenta lo siguiente: "El código civil no se limita a exigir que el consentimiento, para ser eficaz, revista, en ciertos casos, la forma solemne, que en otros se manifieste pura y sencillamente por escrito, o que se acompañe con determinada publicidad, sino que exige, para una tercera categoría de casos, que la voluntad sea expresa. El legislador opone, en esta forma, la voluntad expresa a la tacita. Al mismo tiempo, se ha planteado actualmente la cuestión de saber qué alcance debe atribuirse a esta distinción. Lo cierto primeramente, consiste en que la necesidad de una voluntad expresa es una manifestación atenuada, si se quiere lo más atenuada, de la supervivencia del formalismo en el derecho contemporáneo.

⁸⁷ ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Porrúa. México. 1997. pág. 25.

Desgraciadamente, el pensamiento de los redactores del Código Civil no es muy claro a este respecto; de aquí la incertidumbre que reina en la doctrina sobre la teoría de la voluntad expresa y de la tácita.

Respecto a una teoría de la voluntad expresa y tácita, puede escogerse entre dos concepciones: una, puramente materialista y formal y la otra psicológica y razonada. La primera consiste en la necesidad, para que exista voluntad expresa, de consignar el acto de voluntad en una forma material por escrito, en una palabra o en un gesto: la segunda, por el contrario, menos simplista, exige que se emita en concordancia con el acto jurídico determinado, una voluntad directa y positiva. Entre estos dos conceptos de la voluntad expresa existe una gran diferencia de hecho. En el primer caso, indubitavelmente nos encontramos muy cerca del formalismo antiguo, con la diferencia de que casi no se exige el empleo de términos sacramentales. En cambio, en el segundo, nos encontramos ante una situación ante todo psicológica y mucho más compleja; el sujeto de derecho debe tener, sin duda alguna, el dominio de su personalidad en el sentido de la realización de un acto jurídico determinado; la ausencia de toda incertidumbre a este respecto no debe resultar ya exclusivamente del uso de un signo material, como tampoco de una investigación meramente psicológica; debe derivarse de la imposibilidad de interpretar la situación en forma distinta a la resolución en el sujeto de derecho, de realizar el acto jurídico considerado. De aquí los dos caracteres que exigimos en la voluntad expresa: primeramente una voluntad directa, es decir, que sea una voluntad en correlación exclusiva e inmediata con la naturaleza específica del acto jurídico considerado; en segundo lugar una voluntad positiva, es decir, que se traduzca en una afirmación clara y caracterizada y en consecuencia, indiscutible. Por ello no aceptamos como manifestación de voluntad expresa un simple signo o gesto, como una inclinación de cabeza; al mismo tiempo, negamos a un sordomudo la posibilidad de emitir una voluntad expresa; una duda domina necesariamente sobre la existencia de la pretendida voluntad emitida por una persona que sufre tal enfermedad. Creemos que éstas son las dos únicas concepciones posibles de la noción de voluntad expresa...

Por oposición a la voluntad expresa, la tácita es, en nuestra opinión, la que se induce de documentos, palabras o hechos que, sin tener por objetivo directo, positivo o exclusivo manifestar la voluntad generadora de un acto jurídico determinado, su mejor explicación consiste en la existencia de esta voluntad en su autor".⁸⁸

c) Por signos inequívocos

Esta manera de expresión del consentimiento consideramos ha sido de poco estudio en la doctrina mexicana, aunque muy curiosamente pudiera ser

⁸⁸ **BONNECASE**, Julián, op. cit. Pág. 243.

de las más utilizadas en las actividades de diario; se vuelve aún más relevante si enfocamos su utilidad a personas que por algún motivo físico, transitorio o no, se encuentran impedidas para expresar por medio de la escritura, o incluso del habla, su voluntad y, en dado caso, asegurar que la misma sea apta para configurar un consentimiento. Los movimientos corporales que significan asentimiento, como el 'decir' sí con la cabeza, y 'decir' no con el dedo índice, así como los guiños también se encuentran regulados en esta clasificación.

Se ha comprobado, con el avance de las tecnologías -debido a programas de computadora e infinidad de pruebas de campo- que a través del guiño de un ojo, o a través de la voz o la gesticulación de sonidos, se pueden dar órdenes a un sistema de cómputo de tal manera que sirvan para que una persona que no puede hablar, o no puede ver, pueda expresar una idea que bien podría ser tomada como expresión de voluntad. Sustentamos esta hipotética posibilidad en virtud del avance de las tecnologías de la comunicación, a través de las cuales, como hemos comentado en capítulos anteriores, permiten la utilización de programas computacionales que registran la voz, los colores, y en general cualquier información perceptible por los sentidos; además de ello pueden captar el movimiento ocular, de extremidades del cuerpo o incluso se puede llegar a medir la actividad eléctrica del cerebro⁸⁹ y estas pueden ser interpretadas por un dispositivo electrónico, con lo cual podríamos hablar de la posibilidad de recibir un mensaje de una persona que estuviera incapacitada para ello.

B. Tácita

El consentimiento es tácito cuando resulta de hechos o actos que la presupongan o que admitan presumirlo; es decir, que de la conducta realizada se desprenda la presunción de una conformidad, como en el caso de una

⁸⁹ Es el caso del tratamiento conocido como ELECTROENCEFALOGRAMA, en el cual unos electrodos son pegados al cuero cabelludo de una persona. Estos electrodos registran la actividad eléctrica del cerebro y transmiten los impulsos al electroencefalograma, los cuales los magnifican y registran como ondas cerebrales en rayas movibles en el papel. Al respecto ver más en: <http://www.doctorsofusc.com/condition/document/103886> (visto el 9 de julio de 2008).

persona que sube a un medio de transporte público: se entiende que lo hace con la intención de obligarse a pagar un determinado precio para ser trasladada hacia un lugar con la consecuente obligación del porteador de dar ese servicio, dado que dicho oferente circula en una ruta fija previamente señalada, exhibiendo en un cartel el destino y las escalas relevantes, así como haciendo paradas conforme la gente le hace señas de querer subir.

Este consentimiento tácito tiene la limitante de que sólo puede ser válido, por excepción, cuando la Ley no exija que el consentimiento se de por escrito, es decir, sólo es válido en los contratos consensuales los cuales no requieren formalidad alguna para su celebración (artículo 1796 CCDF).

5.7. La forma electrónica de consentir

A decir de DAVARA, la interrogante principal es identificar si puede existir o no un 'consentimiento electrónico', una 'oferta electrónica' o una 'forma electrónica de la oferta'; si existe una 'aceptación electrónica' o una 'forma electrónica de la aceptación'. Él mismo documenta como antecedente la doctrina italiana del *elaborador electrónico*, que tiende a afirmar que en ocasiones una computadora puede actuar casi autónomamente, pudiendo ser capaz de tomar sus propias decisiones y no sólo transmitir las, sino también ser el medio de exteriorización de la voluntad, afirmando, para mayor claridad, que el dispositivo electrónico [en el caso que él expone una computadora, pero no limitado a ésta, sino que se diversifica en innumerables aparatos desde un teléfono celular hasta cualquier aditamento electrónico receptor de señal] goza de una verdadera autonomía respecto de la voluntad de las partes contratantes⁹⁰.

Parece pues meritorio para este estudio ayudar a la clarificación de esta incertidumbre, la cual está siendo objeto de análisis por las dos grandes doctrinas productoras de legislación en torno al tema de los medios

⁹⁰ DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. op. cit. Pág. 62.

electrónicos, así como de los contratos marcos que genera la Comisión de Naciones Unidas (UNCITRAL), de los cuales nos hemos referido en el capítulo cuarto.

Y es que a estas fechas debemos tener claro que la actuación de un dispositivo electrónico es simplemente un medio más al alcance de los particulares para expresar su voluntad, y que dicha manifestación tenga efectos jurídicos vinculantes no quiere decir que las máquinas sean las productoras, sino más bien las reproductoras de la voluntad de los seres humanos, en tanto que transmiten únicamente lo que manualmente les es programado.

Ante lo que estamos, por lo tanto, es ante una forma electrónica de consentir, forma que regulada en la Ley, puede estar en aptitud de producir efectos jurídicos y ser vinculante.

Pero el fenómeno de la contratación por medios electrónicos afecta no sólo la forma de manifestar la voluntad, sino además las teorías en torno a la forma de expresión de la misma (interna o declarada); así como algunos elementos que impiden delimitar con exactitud su validez, y que pudieran dejar la puerta abierta a una interpretación incorrecta si no se entiende en su totalidad los alcances y la forma en que operan los sistemas o el soporte electrónico con el que cuentan, es por tanto un doble reto para el profesional del Derecho pues se exige adentrarse en aspectos tanto técnicos en lo que a utilización de sistemas computacionales se refiere, como en la interpretación social del fenómeno tecnológico para poder brindar una regulación coherente con las exigencias actuales.

Al respecto, es importante repasar las diferentes teorías de la conformación de la voluntad en torno al principal acto jurídico generador de derechos y obligaciones: el contrato.

5.8. Los principios de desmaterialización y de equivalencia funcional

Como indicamos anteriormente, un elemento importante para comprender la inclusión de los medios electrónicos en la contratación tradicional es a través de analizar la función que realiza cada uno de los elementos que la conforman para lo cual señalaremos brevemente, entre otros, el concepto tradicional de documento, el cual es un corpus o soporte material que plasma, representa o incorpora una expresión, un derecho, una obligación y dicho corpus se ha considerado como la base esencial o el ser mismo del documento.

Etimológicamente, la palabra documento proviene del griego “*dék*”, correspondiente a la expresión latina *docere* (instruir), de donde proviene el vocablo *documentum*, que significa originalmente “lo que se enseña, con lo que alguien se instruye”.⁹¹

Dentro de las teorías sobre la naturaleza del documento se destacan la teoría del escrito y la teoría de la representación. Según la primera, el documento siempre es un escrito en algún soporte permanente o durable (tradicionalmente el papel). Contraria a la teoría de la representación, el documento no es solamente un escrito sino todo objeto representativo o que puede informar sobre un hecho o sobre otro objeto. Es por ello que el concepto de documento no está restringido a la naturaleza del soporte, ni a la forma escrita como único elemento material.

Para PALLARES documento, es cualquier cosa que tenga algo escrito, con sentido inteligible, y afirma que los soportes materiales como los discos de fonógrafo, fotografías, películas de cine, radiografías o escritos taquigráficos no pueden ser considerados como documento, pues todos ellos se incluyen en un capítulo consagrado a las pruebas de carácter científico y en ese sentido el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal las reconoce como medios de prueba y no estrictamente como documentos.

⁹¹ **REMOLINA ANGARITA**, Nelson. *Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*. Editorial Legis. Colombia.2002, pág.17.

Por otro lado CARRASCOZA afirma que “de las diferentes acepciones del término documento, se pueden establecer las siguientes características del mismo: su carácter representativo que hace que el documento no sea necesariamente un escrito, sino que puede ser una foto o un cuadro; y su carácter declarativo cuando se trata de actos auténticos o de escritos privados o con firma.”⁹²

Para ZAMORA VALENCIA resulta pertinente clasificar al contrato como documento y al efecto señala que dicha categoría obedece al resultado material de un proceso contractual que se plasma en un título, generalmente escrito, que contiene los signos sensibles que objetivizan la voluntad de los contratantes, que está destinado a perdurar y que tiene diversas finalidades, entre las que destaca la certeza de los pactos convenidos y su prueba a futuro, en ese sentido se vuelve un instrumento histórico con la posibilidad de ser analizado y estudiado mucho tiempo después de su redacción.⁹³

Como podemos darnos cuenta a partir del análisis de los diferentes comentarios vertidos, el soporte material en papel ha jugado un factor fundamental en la prueba del acto jurídico que se celebra, pues el documento incluso llega a ser un sinónimo del contrato (ZAMORA Y VALENCIA) y su penetración a través de la historia del Derecho como elemento de seguridad y testimonio es innegable.

Para MESSINEO “...los profanos llaman contrato al documento (esto es, a la escritura), en el que de ordinario se consagra el conjunto de las cláusulas contractuales... por esto los profanos suelen creer que no hay contrato cuando no ha habido escritura. Pero este significado, tomado literalmente, sería inexacto, pues haría creer que el contrato consiste en el elemento material o ‘documento’ cuando la verdad es que a veces el contrato puede ser estipulado verbalmente y puede, por tanto, existir sin documento; y aun cuando el contrato tenga que estipularse por escrito, jamás se identifica con el documento, que en tal caso, será o no la materialización de un elemento constitutivo, esto es, de la forma, o un medio de prueba...”

⁹² **Ibidem.** op. cit. Pág. 17.

⁹³ **ZAMORA VALENCIA**, Miguel Ángel. op. cit. Pág. 25

pero no el contrato mismo, como negocio jurídico que es el verdadero significado del término 'contrato'”⁹⁴

Por ello mismo, el cambio de paradigma que la contratación por medios electrónicos ha generado, repercute con mayor énfasis en esta figura, y al efecto se ha creado una terminología para explicar la transición del soporte físico documental al soporte digital, sin cambiar en sustancia las bondades que el documento como tal representa.

Es pertinente por lo tanto explicar que en fechas recientes y debido al avance de la tecnología es posible hablar de un cambio en la comprensión de documento y los elementos necesarios para su configuración, pues la informática, los aditamentos tecnológicos y las telecomunicaciones están introduciendo cambios significativos en la sociedad a nivel mundial.

Esta nueva vertiente comprendida toda ella dentro de las TIC's, como ya indicamos en capítulos anteriores⁹⁵, permite la recolección, procesamiento, almacenamiento, recuperación y comunicación de grandes cantidades de información, a las que se les llama mensajes de datos y las cuales permiten ser utilizadas, en el área jurídica, para la celebración de cualquier tipo de acto jurídico por lo que están cambiando conceptos y consideraciones sobre todo de tiempo y distancia así como la forma en que esta información o mensaje de datos se plasma en soportes de diversa naturaleza distintos del papel, los cuales pueden ser leídos o interpretados por diferentes clases de aditamentos electrónicos.

Es así que lo que se había venido conociendo como documento ha ampliado su definición no sólo a aquello que tiene soporte físico de papel, sino además, aquello que sin requerir de tinta ni 'presencia material' tiene las mismas consecuencias jurídicas.

⁹⁴ **MESSINEO**, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. 3ra. Edición. Editorial Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina, 1952. pág. 38.

⁹⁵ Ver numeral **2.3**.

Esto es ya una realidad en materia mercantil (artículo 93 CCo.) en donde se establecen los requisitos que debe cumplir un mensaje de datos para obtener la equivalencia de documento escrito, lo cual se incorporó a dicho cuerpo legal siguiendo los lineamientos de la ley modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) que en su artículo 6 señala:

“Artículo 6. Escrito

- 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.
- 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 conste por escrito...”

De lo antes expuesto tenemos que la contratación por medios electrónicos ha dado entrada a los principios de neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia funcional así como el de autonomía de la voluntad (art. 89 CCo.) para entender este nuevo fenómeno.

La ley modelo de UNCITRAL antes citada señala al respecto que: “...el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la ley modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de "escrito", "firma" y "original" con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la ley modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se señaló que la ley modelo debería permitir a los Estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito. Se dijo, al mismo tiempo, que la observancia de este requisito por medios electrónicos requeriría en algunos casos una reforma de la normativa aplicable al respecto, que tuviera en cuenta una, en particular, de las muchas distinciones entre un documento consignado sobre papel y un

mensaje EDI, a saber, que el documento de papel es legible para el ojo humano y el mensaje EDI no lo es, de no ser ese mensaje consignado sobre papel o mostrado en pantalla.

Así pues, la ley modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces "criterio del equivalente funcional", basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales.

Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del "equivalente funcional", se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un "requisito mínimo") no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de "escrito firmado", "original firmado" o "acto jurídico autenticado".

La ley modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar

idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la ley modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de "escrito", "firma" y "original", pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos⁹⁶.

Además, el artículo 89 del CCo., en su segundo párrafo manifiesta lo siguiente: "...Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma Electrónica en relación con la firma autógrafa..."

En ese sentido, nuestro CCDF aun carece de disposiciones tendientes a regular en su totalidad los efectos jurídicos o las nuevas situaciones que pudiesen producirse, y no es de nadie desconocido que ante dicha ausencia de regulación los usuarios de estas tecnologías de la información han utilizado precisamente al contrato como mecanismo autorregulador para solucionar algunas de las barreras jurídicas e incertidumbres nacidas con ocasión del uso de sistemas de información para realizar negocios y cumplir deberes, es innegable también el fértil desarrollo de códigos de ética, manuales de procedimientos y demás regulaciones que aparecen en la mayoría de las páginas Web de Internet antes de acceder o ejecutar un proceso dirigido a la obtención de información o prestación de un servicio digital, siendo incluso en la mayoría de los casos gratuito.

La fusión de la informática con las nuevas tecnologías de comunicación, así como la transferencia electrónica de datos que permite intercambiar mensajes electrónicos en lugar de documentos escritos, son elementos del

⁹⁶ LEY MODELO UNCITRAL SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO CON LA GUÍA PARA SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO 1996, con la adición del Artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998; http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf , revisado el 29 julio 2006.

actual contexto digital que revalúan la concepción tradicional del documento y dan paso a los documentos electrónicos.

5.9. Teorías sobre la configuración del consentimiento

Una vez analizados los elementos que conforman el consentimiento, su definición y la nueva concepción frente a la expresión del mismo por medios electrónicos, podemos comentar las teorías que existen al respecto del momento en que debe tenerse por entendida la configuración del mismo.

Al respecto Ortiz Urquidi nos señala las diferentes teorías de configuración del consentimiento:

Primero indica que el problema consiste en determinar en qué momento, y también en qué lugar, se forma el contrato, en la inteligencia de que en dicha formación hay también que distinguir dos casos: I.- entre presentes y II.- entre no presentes.

El primero de los casos no ofrece ningún problema, el que causa cierta confusión es el relativo a la formación de contratos entre no presentes, variando las soluciones según el sistema al que se recurra para resolver aquél, y al efecto ofrece la explicación de los diferentes sistemas existentes:

a) Sistema de la declaración.- El contrato se tiene por conformado una vez que se declara, en cualquier forma, la voluntad de aceptar. Este sistema, indica el autor en comento, es muy censurado por la simple razón de la enorme dificultad que existe para probar la declaración del presunto aceptante si éste la niega, no hay testigos y tal declaración fue verbal. Lo mismo sucede si ésta es por escrito y el aceptante no remite su carta o no deposita el telegrama, pues puede fácilmente destruirlos y borrar así todo vestigio de su conformidad con la oferta.

Nos parece que gran parte de las dificultades aquí indicadas por el autor en la actualidad no tienen cabida, pues precisamente el uso de medios electrónicos permite generar ofertas de manera verbal, escrita o por signos inequívocos a través de mensajes de datos que pueden ser archivados para su posterior consulta, es decir, que a partir de la explicación del porque de la censura de este principio se concluye que es debido a aspectos técnicos y sólo eso, podremos afirmar que con el advenimiento de nuevas formas de expresión del consentimiento se entienden subsanadas dichas deficiencias.

No obstante, nos parece más creíble que la dificultad sea el hecho de probar que el que declara su voluntad de aceptación lo haga en la transición de lo psicológico a lo fáctico y que exista un medio para probar que ya ha declarado esta situación.

b) Sistema de la expedición.- Según este sistema el contrato se forma – o mejor dicho el consentimiento- en el momento en que el destinatario, además de declarar su voluntad, la encamina fehacientemente al conocimiento del peticionante. El ejemplo que se indica en el texto en análisis, consiste en que el destinatario de la oferta deposita su carta o telegrama de aceptación en la oficina postal o en la telegrafía correspondiente.

Este sistema es más detallado en sus alcances, y permite un acoplamiento más exacto y compatible con las nuevas tecnologías de la comunicación. Suponiendo que el receptor de la oferta tenga a su alcance la posibilidad de conocer el contenido de la oferta y enviar su aceptación por ese mismo medio –sea un sistema de almacenamiento como un buzón de correo electrónico, una página personal con foro abierto para cualquier persona en donde se puedan enviar mensajes o por tener a dicho oferente dentro de su lista de mensajero instantáneo, donde con mayor posibilidad puede recibir la oferta y estar en aptitud de responder, casi como si se estuviera entre presentes – es muy probable que se puedan almacenar todas las comunicaciones generadas entre las partes. Además, continúa diciendo el autor, que es más ventajoso este sistema a partir de que se cuenta con una

prueba fehaciente de la existencia de la comunicación pues existe sobre el anterior la ventaja de la prueba que hace el sello de la oficina postal en donde fue enviada la comunicación o en su caso, el original del telegrama depositado y también “la ventaja de marcar con mayor claridad el carácter definitivo de la aceptación”. Hoy, ante las nuevas facilidades que brinda la contratación por medios electrónicos podemos concluir que este tipo de pruebas son mas fáciles de obtener incluso desde la declaración, y mas aun, la legislación mercantil contempla el principio fundamental de no repudio de la comunicación siempre que se pueda comprobar que el origen de la comunicación fue un sistema perteneciente al receptor de la oferta.

c) Sistema de la recepción: este sistema indica que la configuración del contrato se tiene cuando el documento que contiene la información es recibido por el oferente. En el momento en que la comunicación llegue a poder del aquél, pues sólo así y no con el solo depósito de la carta o el telegrama en el correo o en el telégrafo (dado que el destinatario podría no recibirlo jamás) estaría el oferente en la posibilidad de saber que su oferta fue aceptada.

Tal parece que cada sistema va profundizando en la posibilidad de tener a la mano una comprobación tanto del envío y recepción de la comunicación, como del no repudio posterior de dicha comunicación, y con el uso de las nuevas tecnologías podemos decir que en adición se configura la posibilidad de autenticar de que quien lo envía es quien dice ser, debido al principio de autenticación y de no repudio de la información. No obstante hemos de decir que no por el hecho de que sea recibido por el destinatario tenga que ser este quien de manera directa envíe su confirmación de aceptación, pues pudiera darse ahora la posibilidad de que se actúe en representación de dicho destinatario, configurándose una gestión de negocios, la cual deberá de ratificarse en lo posterior, pero no obstante ello, la ley la considera como hecha por el receptor si se comprueba que salió del sistema de comunicación que utiliza para dicho efecto.

Otro punto trascendental en este sistema, es el supuesto que la ley le asigna a la contratación por medios electrónicos, pues lo ubica en este sistema sin tomar en cuenta la posibilidad de que el receptor pueda o no tener

conocimiento del mensaje de datos con la oferta en él inserto, esto consideramos es algo trascendental que la ley que regule el supuesto debe tomar en cuenta, pues como hemos explicado en líneas anteriores otros sistemas pudieran ser los que se pueden utilizar, tomando en cuenta que la comunicación sea conocida, y no sólo tener por presunción que quien recibe un mensaje de datos por ese simple hecho lo ha leído y tiene conocimiento de él.

d) Sistema de la información.- Conocido también como sistema de la cognición, este principio consiste en que el consentimiento se forma en el momento en que el oferente se entera e informa de la aceptación al emisor, se perfecciona no en el momento en que se recibe el mensaje, sino hasta el momento real en que se conoce su contenido, una vez leído e informado de los alcances.

Al respecto de los contratos celebrados entre no presentes, es importante incluir el criterio de Elías Azar, el cual nos es pertinente y al que nos apegamos y es como sigue:

“...en los contratos celebrados sin que las partes estén al mismo tiempo comunicados electrónicamente, es decir, los cerrados *off line*, las declaraciones de voluntad siguen la pauta de los tradicionales contratos entre ausentes o entre personas distantes o entre sí, porque hay inseguridad respecto del momento o instante en que debe entenderse que se ha producido la coincidencia de voluntades, que es de esencia al consentimiento; básicamente, si en el momento en que el aceptante emite su declaración conforme a la oferta, según la teoría de la declaración y coincidente con el momento en que el aceptante hace un *clic* de *mouse* en la palabra Acepto, que suele aparecer al final de las condiciones generales (www.hotmail.com); si cuando la envía al otro contratante, según la teoría de la expedición, es decir, cuando el mensaje sale del servidor del aceptante o emitente; cuando se recibe por el oferente o destinatario, porque entra en el sistema informativo utilizado por el mismo, de acuerdo con la teoría de la recepción o cuando el oferente-destinatario además, la conoce porque abre su cuenta de correo, conforme lo requiere la tesis de la información del conocimiento. No obstante, hay que advertir que estas posiciones extremas se corresponden con las soluciones primitivas, cuya rigidez en la experiencia contractual y su arbitrariedad funcional a favor del oferente o aceptante han ido limitándose paulatinamente, con el desplazamiento a favor de posturas moderadas, con rasgos difusos, aunque susceptibles de reconducirse tendencialmente a las dos más próximas al interés del oferente. De un lado, la teoría del conocimiento de la aceptación, moderada por la recepción (el caso de Alemania – art. 147

BGB, que se refiere al plazo de aceptación *Annahmefrist*) o por el conocimiento presunto (el caso de Italia – art. 1326 CC, *Conclusionone del Contrato*-) De otro, la de la recepción, recibida en el Convenio de Viena sobre compraventa Internacional, de 1980 y más tarde en los Principios de la contratación internacional, elaborados en el UNIDROIT (1994) y por la Comisión Lando en la UE (1998) a la hora de fijar el momento en que se entienden realizadas las notificaciones.”⁹⁷

Consideramos que las teorías de la expedición y de la recepción plantean el problema de su no delimitación exacta, ya que si bien queda claro en el ámbito de los contratos tradicionales -y también de los más modernos- la determinación de los momentos de envío y recepción, ello no resulta tan evidente cuando la aceptación se realiza por medios electrónicos. La cuestión es todavía más importante porque las teorías relevantes para determinar el momento de perfección de los contratos electrónicos seguirán siendo la de la expedición o la de recepción, pero dependiendo de la manera en cómo se maneje la información y la forma de envío, etc., aunque dentro de estas nos inclinamos por la de la recepción.

Por poner un ejemplo, la reciente Ley de Luxemburgo sobre el comercio electrónico del 14 de agosto de 2000 aún cuando acoge el momento de la recepción para determinar el instante exacto del nacimiento del contrato (cuando el destinatario del servicio acepta la oferta del prestatario mediante la utilización de medios tecnológicos dispuestos por el prestatario) concibe la posibilidad de la utilización de un acuse de recibo electrónico, por lo que dicha variación en el esquema formativo del contrato, supone que junto a las declaraciones de voluntad clásicas – oferta y aceptación – se incorpore una tercera, el acuse de recibo, que será determinante en el momento del nacimiento del contrato.

Los elementos necesarios para determinar la teoría a utilizar para la perfección del contrato resultarán del análisis de varios factores, tales como la naturaleza civil o mercantil del contrato, así como el ámbito de aplicación.

⁹⁷ **ELÍAS AZAR**, Edgar. op. cit. Pág. 223.

CAPÍTULO SEXTO

La etapa precontractual

En el transcurso de esta tesis nos hemos avocado a explicar desde un punto de vista jurídico el proceso de formación del consentimiento, así como a indagar si las normas relativas a la configuración del mismo y su aplicación tienen algún cambio trascendental o no derivado de las nuevas herramientas telemáticas que permiten la expresión de la voluntad a través de computadoras y demás dispositivos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos.

Por lo tanto, lo que nos proponemos en este apartado es hacer una distinción y análisis de la configuración del consentimiento distinguiendo dos aspectos fundamentales:

1.- Las contrataciones que son generadas a partir de ofertas realizadas desde un 'portal' de Internet o página Web, y

2.- Las contrataciones que son generadas a partir de ofertas realizadas directamente a un destinatario de correo electrónico o e-mail.

Además de ello, abordaremos la importancia de la información precontractual y la casi nula regulación de la misma en la legislación civil del Distrito Federal, también hablaremos de algunos mecanismos de protección de los consumidores durante la fase de formación del contrato, que son de capital importancia debido a las reformas en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Es importante hacer notar que citaremos como fundamentos jurídicos los referentes al Código Civil Federal, en virtud de ser este ordenamiento el que concibe las primeras reformas en torno al tema de la expresión de voluntad por medios electrónicos y que en cierta forma nos es más familiar por ser el referente nacional más cercano.

Trataremos el tema iniciando con la descripción de la fase precontractual para después explicar la configuración del consentimiento según los dos distintos momentos explicados al principio.

6.1. Fase Precontractual

Cuando hablamos de fase precontractual, evidentemente nos estamos refiriendo a toda una etapa previa al acuerdo de voluntades, en la que encontramos el comienzo de la interacción de los futuros posibles contratantes realizando tratos preliminares, negociaciones y conversaciones previas entre ellos, que en su conjunto forman todo un espectro que en nuestro país, a nivel doctrinal y desde un punto de vista netamente de derecho común, ha sido poco abordado y por ende sujeto a críticas, pues sugiere insertar en la teoría general del acto jurídico un apartado regulador de los actos precontractuales que, si bien no son necesarios para el nacimiento de un contrato definitivo, consideramos que es lo más deseable y por ello es importante alentar su uso y regularlo en virtud de que es la forma más idónea para preservar y mejorar la configuración de los contratos.

Dicha fase precontractual ha sido estudiada y regulada principalmente en países europeos de corte latino, donde le han asignado diversas definiciones de entre las cuales las más importantes son la de **tratos preliminares** y la de **oferta** –esta última analizada desde un punto de vista diferente y más amplio respecto del concepto que se ha venido tocando en este trabajo- y cuya función es preceder al nacimiento de todo tipo de contrato, no importando que sea bilateral o unilateral, definitivo o preparatorio, conmutativo o aleatorio, etc. Más comúnmente, tiene relevancia en aquellos contratos bilaterales a título oneroso, en los que, debido a la notable divergencia de intereses entre las partes, resulte necesaria la negociación previa, tratando de acomodarlos, de cara a la conclusión del futuro contrato.

La naturaleza jurídica de la oferta, su vigencia, su exteriorización y su ámbito temporal ya fueron analizados desde la fase previa a contratar, y si bien recordamos la hemos estudiado como una propuesta que una persona hace a otra para celebrar un contrato, sea este preparatorio (promesa de compraventa) o definitivo (compraventa) y es importante aclarar que,

dependiendo su ubicación en el tiempo nos dará diversas acepciones⁹⁸: como tratos preliminares; como marco de referencia para los contratos preparatorios (artículo 2243 y siguientes CCDF) y como oferta del contrato definitivo (artículo 1804 y siguientes CCDF).

Por su parte, los tratos preliminares pueden ser definidos en sentido general como las pláticas e intercambios de puntos de vista entre personas que en lo futuro podrían ser contratantes entre sí; tienen su origen a partir de una propuesta realizada por un sujeto a otro que la acepta, cuyo contenido consiste en una proposición no de conclusión, sino de diálogo, de negociación –sin fuerza vinculante- acerca de un futuro eventual contrato. Sería algo semejante a una oferta-aceptación previa, no de realizar un contrato, sino de entablar determinadas conversaciones no vinculantes sobre éste. Otra forma de definirlos sería como una serie de contactos, reuniones, encuentros, cambios de opinión o consultas entre las partes, dirigidos a informarse y plantear los términos de un hipotético contrato.

En este grupo, consideramos se colocan a los contratos marco, los acuerdos de intenciones, las minutas, los tratos preliminares verbales o incluso ahora la información no vinculante a través de los correos electrónicos, entre otros, debido a que constituyen una etapa anterior a la oferta y pueden ser iniciadas por cualquiera de los futuros contratantes. En ellas no hay ánimo de obligarse –como sucede en la oferta- , sino solamente el deseo de conocer en qué condiciones aceptaría contratar la otra parte, para lo cual se hacen estos sondeos preparatorios de una oferta formal.

⁹⁸ MENEDEZ MATO clasifica estas etapas de la siguiente manera:

a) Fase precontractual.- En atención a esta etapa se considera a la oferta como uno más de los posibles actos que se realizan en este período. b) Consentimiento Contractual.- La oferta en esta etapa constituye uno de los dos elementos que integran este componente esencial de todo contrato, el otro elemento es su correspondiente aceptación. c) Manifestación de voluntad.- Aquí se considera como una declaración unilateral y recepticia portadora de una específica voluntad: la intención firme y seria de concluir un determinado contrato. d) Libertad Contractual.- Desde el terreno del principio de la autonomía de la voluntad, la oferta representa un acto de ejercicio de la libertad contractual de su autor en sus dos vertientes clásicas: libertad de configuración interna y libertad de conclusión del contrato. e) Naturaleza Jurídica.- Se puede concebir a la oferta en sí misma como un negocio jurídico unilateral, o calificarla de acto jurídico en sentido estricto con lo que no sería fuente de obligación alguna.

Los tratos preliminares desempeñan un papel muy importante pues a través de ellos se idean y configuran nuevos esquemas para responder lo más adecuadamente a los intereses perseguidos por las partes con la celebración del contrato, asimismo se desarrolla el esfuerzo creativo de los especialistas del Derecho para colmar legítimos intereses fuera de los modelos contractuales típicos.

Ahora bien, lo que podemos colegir a partir de revisar comentarios doctrinales, es que las conversaciones preliminares no suponen en quienes las realizan ánimo de obligarse jurídicamente, no son ofertas de contratación, no imponen en general responsabilidad alguna ni su ruptura da lugar a indemnización o pago de penas convencionales por incumplimiento; ello se desprende a partir de lo expuesto en capítulos anteriores, por un lado, la voluntad como fuente de la disciplina contractual⁹⁹ está supeditada, en orden jerárquico a la ley; por tanto, mientras el ordenamiento jurídico no exprese la posibilidad de crear alguna clase de vínculo, la autonomía de la voluntad no puede sobrepasar para efectos de crear responsabilidades por el incumplimiento de las propuestas concertadas en esta etapa preliminar. En ese sentido, es importante señalar lo que escribe Sánchez Medal al respecto:

“Para llegar al concurso de voluntades, ordinariamente hay negociaciones o tratos previos entre las partes, que discuten las cláusulas y los elementos del contrato hasta ponerse de acuerdo. En esta etapa precontractual debe actuarse de buena fe, ya que si se llegara a probar que dichos tratos preliminares fueron, por ejemplo, sólo por diversión o entretenimiento o por mera presunción con el propósito de distraer a la otra parte e impedir que contratara con otra persona, podría incurrirse en un acto ilícito que engendrará responsabilidad ([artículo]1910 [CCDF])”.¹⁰⁰

De la anterior cita podemos desprender: i) que no hay un precepto legal en el Código Civil que regule de manera directa las negociaciones o tratos preliminares y, ii) que habría en todo caso que recurrir a otra fuente generadora

⁹⁹ DE BUEN LOZANO, Néstor. op.cit. p. 163.

¹⁰⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. op. cit. Pág. 29

de obligaciones como lo es la generación de hechos o actos ilícitos, lo cual lo vuelve más complicado, con lo cual sustentamos la necesidad de una regulación más detallada al respecto de su utilidad, su fuerza vinculante y sus variadas operaciones a partir de su utilización en los contratos a través de medios electrónicos o telemáticos.

Otro punto importante al respecto de los tratos preliminares es por lo que hace a su ubicación en el tiempo, la cual no es muy exacta: suelen aparecer con inmediata antelación a la oferta del contrato definitivo pero también pueden estar presentes con anterioridad a otros actos precontractuales o incluso actos en sí mismos de naturaleza contractual.

6.2. Elementos definitorios de la fase precontractual

Menéndez Mato concibe dos elementos que deben contener estos actos precontractuales para ser considerados como tales: 1) que hagan referencia a un contrato futuro bien sea para discutir, cooperar, informar, asegurar u ofrecer; y 2) que por medio de ellos se pongan en contacto mínimo dos sujetos, los cuales deberán mantener durante todo el tiempo que discurren estos tratos un cierto *interés contractual*, el cual no puede quedar en el interior psicológico de ambos, sino que debe ser exteriorizado y eso es precisamente, a decir del autor citado, lo que marca la frontera entre una fase meramente interna del sujeto y la fase precontractual¹⁰¹.

6.3. Su ubicación en la clasificación de Gutiérrez y González

El maestro Ernesto Gutiérrez y González en su libro *Derecho de las Obligaciones* enfatiza la etapa precontractual al explicar los diferentes tipos de actos que dan origen al consentimiento de la siguiente manera¹⁰²:

a) Acto precontractual.- Son las pláticas o conductas previas para ver si se celebra un contrato, pero sin que esos actos precontractuales impliquen una oferta, propuesta o policitud. Según el autor, todos estos actos no producen

¹⁰¹ MENEDEZ MATO, Juan Carlos. op. cit. Pág. 84

¹⁰² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. op. cit. Pág. 267– 268.

efectos jurídicos en nuestra legislación, aunque advierte que en países como Francia y con la ayuda de nuevas tendencias se busca la manera de crear responsabilidades.

b) Propuesta, oferta y policitación.- implican una declaración unilateral de voluntad que produce efectos jurídicos propios, autónomos y vinculantes.

c) Precontrato, contrato de promesa o contrato preliminar.- Es un contrato como su nombre lo dice, en donde se hace una propuesta y una aceptación sobre un objeto; a él se refiere el artículo 2243 del CCDF.

En esta clasificación podemos observar que efectivamente el autor antepone el acto precontractual a la oferta y no obstante ello, creemos que la oferta en un sentido más amplio puede también abarcar al precontrato, pues a pesar de ser este ya un acto jurídico, un acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones (artículo 1792 CCDF), también es cierto que es sólo un paso para la consecución del contrato definitivo, en este sentido por lo tanto sigue siendo una propuesta para contratar.

6.4. El artículo 1834 bis del CCF

Ahora bien, si los tratos preliminares son el principio para llegar a concretar un posible contrato en lo futuro, es menester que estos se materialicen a través de un documento por escrito, que se lleve un registro de la ideas principales de los mismos que permitan desprender la intención de contratar en lo futuro y su exteriorización, conforme a los elementos que indicamos en párrafos anteriores; esto se ha venido dando en otras legislaciones y en la nuestra en anteriores codificaciones a través de las conocidas minutas, las cuales podemos ubicarlas en la actualidad en el artículo 1834 bis del CCF, aunque sólo para la materia federal y en los casos en que la ley exija el otorgamiento de escritura ante notario público, en lo que el citado artículo ha denominado como *términos exactos* pues las minutas pretenden dejar constancia de aquellos puntos esenciales previamente discutidos, sobre los que ha recaído el acuerdo de las partes, tienen como finalidad última la de traducir por escrito las posibles futuras cláusulas que conformarían el contrato, en caso de ser aceptado, facilitando a las partes la

posibilidad de reflexionar sobre su contenido una vez que estas resultan concretas a partir de su objetivación.

Esta documentación juega un papel importante como prueba de su realización y nivel alcanzado, si la analizamos a la luz de las facultades para exigir indemnizaciones por posibles responsabilidades derivadas de una ruptura injustificada de los tratos con causación de daños económicos en la parte perjudicada, a la que se refiere SÁNCHEZ MEDAL, cuya cita hemos incluido en párrafos anteriores.

Hay que decir también que dicha información referida a *términos exactos* en el artículo 1834 bis del código citado, no especifica si se consideran tratos preliminares o precontratos, suponemos pueden ser ambos, en tal caso no hace la diferenciación doctrinal explicada en párrafos anteriores, al requerirse únicamente de “soportes en donde consten las comunicaciones entre las partes” podemos entender por ello mensajes escritos que forman parte o llegan a tomar el puesto de lo conocido en doctrina como minutas y a tal efecto, en el marco de la contratación por medios electrónicos, es necesario darle una regulación específica,¹⁰³ atribuyéndole a las comunicaciones por medios electrónicos intercambiados entre las futuras partes consecuencias jurídicas.

6.5. Los tratos preliminares a través de medios electrónicos

Ahora bien, para tratar de dilucidar este punto es importante preguntarnos cuál es el propósito que las partes quieren lograr durante los contactos previos a la oferta; consideramos que pueden ser muy variados, entre ellos: orientar e informar, realizar cálculos, elaborar proyectos, borradores o minutas, valorar objetivos y posibilidades, entre otros. Y también cabe hacer inquirir sobre la forma en la que se puede iniciar el acercamiento, es decir, por

¹⁰³ Así tenemos que la reforma prevista en el artículo 1834 bis –que más bien es una adición– concibe la posibilidad de generar dichas minutas, entendidas como un escrito que, antes de concluir o considerar como concluido el contrato, redactan las partes en torno al acuerdo que se proponen y el Notario Público deberá considerarlas como tal y con un valor vinculante entre las partes, en la medida que dichas minutas reflejen el motivo determinante de la voluntad de quienes contratan.

medio de un anuncio o mensaje publicado en una página de internet o mediante correo electrónico.

Al respecto, ELÍAS AZAR distingue entre la formación del contrato por medios electrónicos entre presentes y ausentes y a estos últimos los clasifica, además, dependiendo de ciertos supuestos: "...en los contratos entre ausentes, equiparables en la técnica electrónica a las **interconectadas asincrónicamente**, habrá de discernir entre varios **supuestos**. De un lado, a la vinculación temporal del oferente, de acuerdo con el 1806 CC... De otro, a la vinculación de las ofertas realizadas al público e impuestas por el 1860 (así)... Y algo similar sucede en los contratos celebrados (así) con consumidores, respecto de los que el proveedor quede vinculado..."¹⁰⁴

En la cita anterior el autor en comentario nos deja ver –como en posteriores páginas lo explica- un tratamiento normativo dispar, debido a la inclusión de declaraciones publicitarias en tratándose de tratos preliminares entre consumidores, pero que son un tema fundamental para la forma en que deben ser analizadas las ofertas entre ausentes realizadas por medios electrónicos, distinguiendo entre: a) comunicación pública, fundamentalmente la promoción y oferta de bienes y servicios a través de páginas de internet (artículo 16, segundo párrafo de la Ley Federal de Protección al Consumidor), y b) avisos comerciales dirigidos masivamente a potenciales clientes, ordinariamente emitidos por correo electrónico (artículo 76 bis, fracción IV de la citada ley)¹⁰⁵.

"...se comprende la importancia de la fase precontractual, en orden a la formación de voluntad de los contratantes, respecto de los extremos que constituirán el contenido del futuro contrato y cómo habrá de interpretarse. Pero... de modo similar a lo que acontece con la contratación tradicional... la fase discursiva entre las partes se sustituye frecuentemente por el clausulado predispuesto por una de las partes... Por consiguiente, el régimen de la formación del contrato queda inalterado por la normativa electrónica... No obstante, la disciplina general se trastoca por la electrónica en estos aspectos...En primer lugar resulta inexacta, la

¹⁰⁴ ELÍAS AZAR, Edgar. Ob.cit. p. 185

¹⁰⁵ En un aspecto similar MORENO NAVARRETE nos indica que: "Tradicionalmente se ha distinguido por la doctrina entre oferta al público y comunicación publicitaria. Afirmándose que, desde el punto de vista jurídico, la comunicación publicitaria sólo contiene simples informaciones, incitaciones o invitaciones, sin que pudieran considerarse verdaderas ofertas de contrato. En el comercio electrónico, la relación... se estrecha, hasta el punto de que puede considerarse como verdadera oferta... Desde el punto de vista jurídico, el problema está en determinar la cuestión relativa a la consideración de la publicidad como parte de la oferta vinculante..." op. cit. Pág. 93.

equiparación de los contratos electrónicos a los contratos entre presentes por el artículo 1805 del CC –se refiere el autor en comentario al código federal- Y ello porque, conforme a un planteamiento interrelacional con la operativa electrónica, lo relevante a los efectos de equiparación vendría determinado por la **sincronía** o **asincronía** de la comunicación entre las partes... De aquí, la distinción en... **contratos aceptados en línea y fuera de línea...**¹⁰⁶

Así tenemos dos dimensiones para analizar la posibilidad o no de generar tratos preliminares en la contratación por medios electrónicos y las clasificamos como sigue:

a) En el caso de las ofertas permanentes en el Web, no existe posibilidad de discusión de los términos del acuerdo por parte del aceptante.

b) En el caso de la contratación directa entre las partes mediante el intercambio de mensajes electrónicos (correo electrónico, fax, mensaje de texto vía celular, etc.), sí puede darse la fase de tratos previos o preliminares.

En el primer inciso nos referimos a ofertas que están de manera permanente en el “portal” o página Web de la Empresa con la cual se pretende contratar, a la cual se tiene acceso “navegando” por la Red Internet a través de un buscador o porque se tenga la dirección exacta o mediante una liga que nos dirija a la misma, estas ofertas (que de manera formal pudieran no serlo) se consideran hechas a personas indeterminadas.

En el segundo de los incisos, el referente a la contratación directa, nos referimos a ofertas que se envían a determinados correos electrónicos, en las cuales hay la posibilidad de responder y así comenzar a entablar una comunicación con el oferente.

No obstante ello, consideramos que incluso en el primer caso pueden ser intercambiados tratos preliminares, sobre todo si la ofertante tiene además de una página de internet un correo electrónico y teléfonos para iniciar un contacto

¹⁰⁶ **Ibíd**em p. 187.

y además si el bien o servicio permite -por aspectos de cantidad o particularidades del servicio- esta posibilidad.

6.6. La perfección de los contratos por medios electrónicos

Conforme al artículo 1796 del CCDF los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, esto es, por la coincidencia de voluntades entre las partes contratantes, no obstante, en el caso de la contratación por medios electrónicos, nos encontramos con ciertas peculiaridades que es importante señalar. Primero nos referiremos a aspectos relativos al uso de determinados de medios electrónicos y después a las teorías de configuración del consentimiento entre presentes y no presentes.

Consideramos que para la perfección del contrato por medios electrónicos no es necesario que las partes utilicen un medio idéntico de comunicación a la hora de transmitir la oferta o la aceptación, siempre que ambas se realicen por tecnologías o medios de comunicación a distancia. La utilización de medios de comunicación mixtos (publicidad televisiva digital con posibilidad de aceptación a través de teléfono celular), aunque sea a distancia, hace surgir la cuestión de cómo han de ser entendidos los contratos electrónicos, pues puede que se considere necesario que la oferta y la aceptación deban ser intercambiados a través de idénticos dispositivos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, o bien que sólo la oferta o sólo la aceptación se comuniquen por dichos dispositivos. Así, como ya indicamos en capítulos previos, lo importante, nos parece, es ubicar a un contrato en la definición de contrato electrónico cuando al menos la declaración de aceptación –que da vida al contrato- se transmite por dicho medio de comunicación, sin que se requiera que la contraparte –en el ejemplo, el oferente- tenga que utilizar un medio electrónico para la emisión de su oferta.

1) Perfección del contrato entre presentes

Como indicamos en el capítulo anterior, al hablar de las teorías para la configuración del consentimiento, cuando las partes están físicamente presentes no representa ningún problema, pues, de conformidad con el artículo 1805 del CCDF, el que hace una propuesta sin fijación de plazo, queda desligado si la misma no se acepta de manera inmediata; o en su defecto, conforme al artículo 1804 del mismo ordenamiento, si se fijó un plazo quedará ligado por el tiempo que haya señalado. La misma regla aplica en nuestra legislación para la contratación hecha vía telefónica, y en materia federal (CCF) también para la contratación hecha por medios electrónicos, por lo que debemos de considerar también que el intercambio de mensajes vía mensajero Instantáneo (Messenger), videoconferencia o cualquier otro que permita la transmisión de voz en tiempo real vía internet (mejor conocido como “VoIP” por el protocolo que utiliza) cabe en esta clasificación sin problema alguno.

2) Perfección del contrato entre no presentes

La expresión contratos entre ausentes o no presentes de entrada nos advierte la idea de la *distancia física* entre las partes que van a contratar, pero no sólo eso, pues debido a la manera en que se puede intercambiar la información vía electrónica, significa también que las declaraciones de voluntad constitutivas del contrato no siempre se intercambian de forma *instantánea*, como erróneamente indica el artículo 1805 del CCF. Por lo cual consideramos que aun en la contratación por medios electrónicos puede seguirse configurando la hipótesis prevista en el artículo 1806 del CCDF, con algunas salvedades. Dicho precepto previene lo siguiente:

“**ARTICULO 1806.** Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones”.

El punto medular a considerar sería, en todo caso, el referente a la equiparación del plazo concedido al destinatario para emitir una respuesta, pues se requiere que el oferente envíe el comunicado y se sujete a un lapso de tiempo determinado – tres días, además del tiempo necesario para la ida y

vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante no habiendo correo- lo que resulta en nuestros días una reglamentación completamente fuera de realidad que tiene que ser superada para adaptarla a los modernos medios de comunicación que emplean las partes como vehículo para la exteriorización del consentimiento.

Muy de la mano con esta crítica se encuentra la hipótesis que dispone el artículo 1811 del CCDF que es del tenor siguiente:

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

En este último caso, hablamos ya de un medio electrónico (conforme al concepto que hemos propuesto en el capítulo segundo) no obstante, tiene la desventaja de requerir una estipulación previa por escrito entre los contratantes para que la declaración efectuada por ese medio produzca sus efectos, además de requerir la firma autógrafa y signos convencionales en los telegramas que se emitan entre oferente y aceptante. El código civil Federal, que ya regula en su artículo 1805 la contratación por medios electrónicos -y que a su vez regula de la misma manera que lo hace el código civil del Distrito Federal lo referente a la contratación por telégrafo- no consideró que dicho telégrafo es también un medio electrónico y somete al oferente y al aceptante a realizar o a tener que realizar su expresión de voluntad con toda la carga de requisitos ya citados, lo que nos parece ilógico, tomando en cuenta que el telégrafo es un medio electrónico que ha venido en desuso a partir de la llegada del correo electrónico, por lo cual debería de hacerse más accesible la regulación en torno a la contratación por dicho dispositivo, o derogar lo dispuesto en el artículo 1811 del CCDF, para incluirlo dentro de la generalidad de medios electrónicos. El haber dejado que las declaraciones de voluntad vía telégrafo se supediten a determinados requisitos eleva a este tipo de contratación, en cierto sentido, a un rango de formal.

Debido a ello, se propone una doble categoría de distinción:

a) Contratos de formación mediata. En esta clasificación se hace referencia a la distancia, entendiéndose como tal un tiempo considerable entre el envío de una oferta y el conocimiento que el destinatario tenga de ella; y

b) Contratos de formación inmediata. En esta clasificación se hace referencia a la inmediatez en el intercambio de las declaraciones de voluntad.

De esta forma, los contratos celebrados por medios electrónicos o telemáticos seguirán siendo contratos entre personas ausentes –o distantes, en alusión al término *remoto o lejano* - y de formación **mediata**, si media un lapso de tiempo suficiente en el intercambio de la oferta y la aceptación (Por ejemplo, un correo electrónico enviado por el oferente que pasa un lapso de tiempo en la bandeja de entrada del destinatario sin ser abierto); o **inmediata**, cuando la configuración del consentimiento se realiza de modo prácticamente coincidente (Por ejemplo, una llamada telefónica, una videoconferencia o un fax que es leído en el momento mismo de su llegada y se envía por tanto su respuesta afirmativa, o incluso el mismo correo electrónico que se lee en el momento en que se recibe y se envía la aceptación).

Hay que tomar en cuenta – como indica Sánchez Medal – el momento y lugar en que se perfecciona el contrato entre ausentes, pues por lo que se refiere al lugar, hay que precisar cuál es el tribunal competente para conocer de la interpretación y cumplimiento de dicho contrato; y por lo que se refiere al momento en que se perfecciona hay también que precisarlo para saber si había capacidad de las partes en ese momento o para determinar en qué forma se aplica la teoría de los riesgos o para fijar el inicio de la prescripción o para esclarecer si el contrato se celebró durante el período sospechoso en los casos de concurso de acreedores o de quiebra.

Como ya vimos, existen cuatro sistemas que intentan resolver esta situación de los cuales nuestro Código Civil adopta el de la recepción consignado en el artículo 1807: “El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación...”.

6.7. El contrato electrónico. Definición

Una vez que hemos hablado del proceso de conformación del consentimiento por medios electrónicos, así como de una necesaria regulación de la etapa precontractual por medio de la cual se establezca una mayor libertad contractual¹⁰⁷ a esta forma de contratación, nos proponemos esbozar algunos elementos del contrato electrónico, para lo cual exponemos las siguientes definiciones elaboradas por algunos jurisconsultos:

Para CORNEJO LÓPEZ, contrato electrónico y comercio electrónico son sinónimos, y nos indica que los primeros son “contratos en que las declaraciones de voluntad negocial se emiten por medios electrónicos aunque el cumplimiento de las obligaciones se produce a través de los tradicionales canales. Sin embargo –continúa exponiendo- puede concebirse un concepto aún mas estricto en el que no sólo el pedido de bienes o servicios que constituyen el objeto del contrato, sino también el cumplimiento de las obligaciones por las partes se realizan por medios electrónicos...”¹⁰⁸.

Para ELÍAS AZAR el contrato electrónico se concibe también desde un punto de vista amplio, en el que la característica fundamental es sustituir el lenguaje oral y escrito tradicional por el electrónico, sin tomar en cuenta la naturaleza jurídica, o el objeto –bienes o derechos- del contrato; lo cual en resumidas cuentas se presenta como una nueva modalidad de consentimiento y forma, que en materia federal tiene su reconocimiento en el artículo 1802 fracción I del Código Civil y reafirmada con alcance general para todos los actos de comercio en el artículo 89 del CCo¹⁰⁹.

Para MORENO NAVARRETE, es contrato electrónico el que “...se celebra sin la presencia física de las partes, es un acuerdo de voluntades de dos o más personas

¹⁰⁷ Ver CAPÍTULO TERCERO, numeral 3.5.

¹⁰⁸ CORNEJO LÓPEZ, Valentín. *Los Medios Electrónicos Regulados en México*. Editorial Sista. México, 2006. Pág. 15

¹⁰⁹ ELÍAS AZAR, Edgar. op.cit. pág. 94

distantes una o unas de otras generadas a través del medio electrónico y dirigido a crear obligaciones entre ellas” y es este autor el que, líneas más adelante deja entrever de cierta forma el mismo fenómeno que venimos exponiendo al respecto de las implicaciones negativas de considerar como una contratación entre ausentes a los contratos por medios electrónicos, pues agrega “Los contratantes no están presentes en la conclusión del contrato, pero, a diferencia de la tradicional contratación entre ausentes, por correspondencia, en la contratación electrónica podemos hablar, aunque no en términos absolutos, de ‘contratación entre ausentes en tiempo real’”¹¹⁰

Con lo anteriormente citado, podemos proponer un concepto de contrato electrónico siendo tal:

El acuerdo de voluntades manifestado en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, que utiliza, dentro del proceso de conformación del consentimiento, algún medio telemático, electrónico u otra tecnología conocida o por conocer.

Para poder determinar que un contrato electrónico ha nacido en el mundo del Derecho, debemos analizar los elementos que lo conforman y si estos han sido configurados de la manera en como la legislación prevé la creación de los contratos de manera tradicional y además revisar si dentro de todo el procedimiento hubo o no la presencia de un dispositivo electrónico de tratamiento, almacenaje y reproducción de datos.

En el caso de la oferta electrónica, aspecto que retomamos del capítulo anterior y que traemos a colación por ser un elemento indispensable para la configuración del contrato, hay dos criterios para abordar su nacimiento:

- 1.- Que el oferente y el destinatario se encuentren en un mismo lugar o no.
- 2.- Que exista la posibilidad de que el oferente conozca la aceptación o la retractación de manera inmediata, después de ser emitida.

Estos dos criterios anteriormente señalados nos dan la pauta para establecer que ante la adecuación de uno u otro supuesto, la legislación común deberá

¹¹⁰ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 113.

darle un tratamiento específico, a menos que entre las partes acuerden algo distinto.

En el caso de la legislación mexicana, en virtud de lo dispuesto por los artículos del 1803 al 1811 inclusive, regula la forma en que el consentimiento se podrá dar por conformado, lo cual ya hemos comentado al referirnos a las diversas teorías de conformación del consentimiento.

No obstante todo ello, hemos de asentir con autores como ELIAS AZAR¹¹¹ que no se trastoca para nada el proceso de formación de los contratos, y se conserva la distinción entre contratos entre presentes y no presentes para determinar el momento en que se da la concurrencia de voluntades que origina el consentimiento y por ende la perfección del contrato, con las salvedades que, respecto a la distinción de las ofertas hechas vía correo electrónico y las que se encuentran de manera permanente en el portal de la red Internet del oferente, hemos ya indicado.

En ese sentido Elías Azar menciona tres planteamientos interrelacionados a saber:

1.- La sincronía o asincronía de la comunicación entre las partes.- Lo cual se infiere del artículo 1805 CCF cuando dice que si “la oferta se haga a una persona presente..., el autor... queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente, la misma regla se aplicará a la oferta hecha... a través de cualquier medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de esta de forma inmediata”. Es decir, que el precepto legal citado equipara de manera tajante y sin distinción alguna a la oferta hecha por medios electrónicos como si fuese entre presentes con lo que el futuro aceptante queda en estado de indefensión al no tener la posibilidad de contar con un lapso de tiempo para revisar su correo electrónico o fax, reflexionar sobre la propuesta y enviar su respuesta.

¹¹¹ ELIAS AZAR, Edgar. op. cit. pág. 186.

2.- Autenticidad de las declaraciones.- Es importante actuar en concordancia a lo dispuesto en otros ordenamientos respecto al establecimiento de las precauciones electrónicas asegurativas de la autenticidad de las declaraciones de voluntad, respecto de su autoría, integridad e inalterabilidad de sus contenidos (entre ellos los artículos 1834 bis del CCF y 90 del CCo.)

3.- Momento exacto de la configuración de la aceptación.- Ello es una cuestión ligada técnicamente a la prueba electrónica, además de que, su vulnerabilidad en el ámbito de la Red abierta Internet será –a decir del autor- foco permanente de recelos en la práctica contractual; en cuyo seno se cuestionarán temas tan cruciales como el momento en que se perfeccionó el contrato o quién deberá soportar el riesgo de la cosa defectuosa ante la ausencia del mensaje de datos relativo a la denuncia sobre sus defectos en la entrega. Este último punto, -nos continúa indicado- hubiera sido aconsejable que nuestro legislador no se hubiera limitado a trasladar las soluciones de las Leyes Modelo UNCITRAL sin la coordinación armoniosa con las reglas de nuestros códigos Civil y de Comercio.

Hemos de decir que para nosotros es más pertinente adoptar, por lo que hace al momento de configuración del consentimiento, no la teoría de la recepción, sino más bien la de la información, pues es más idónea y permite ubicar con exactitud la perfección del consentimiento.

Por lo que hace al proceso de conformación del contrato y la inclusión de una etapa precontractual, consideramos que un contrato por medios electrónicos, máxime si nos referimos a un contrato de adhesión, debe de fomentar la inclusión de esta etapa como obligatoria.

Reiterando el apego de este estudio a la legislación común local en el Distrito Federal, consideramos pertinente señalar que en parte Elías Azar tiene razón al señalar estos tres principales elementos que generarán ciertamente un debate, el cual sólo será expuesto en la medida en que el fenómeno de la contratación por medios electrónicos represente una actividad común para el ciudadano promedio y su utilidad se vea socavada.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Es importante enfatizar el protagonismo que continúa teniendo la voluntad expresada por los particulares en un acto jurídico, aun y cuando esta se manifieste por medios telemáticos sin importar la tecnología utilizada. La esencia volitiva no se ve opacada o acaso soslayada por la utilización de ninguna de las tecnologías hasta hoy conocidas o ampliamente utilizadas.

SEGUNDA.- Es debido a otra serie de fenómenos externos de diversa índole - como el reglamentarismo excesivo que, sustentado en la creación de leyes de orden público e interés privado, limita la libre conclusión o celebración de contratos o que restringe la libertad para determinar su contenido- que se atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad.

TERCERA. Debido al nuevo contexto digital, es que se requieren normas que brinden seguridad jurídica y confianza al momento de realizar una contratación por medios electrónicos. Por lo tanto, se sugiere reformar el Código Civil para el Distrito Federal en esa materia.

CUARTA. Las reformas sugeridas tienen por finalidad cambiar conceptos tradicionales como documento, original o firma manuscrita para eliminar o aminorar la “brecha digital” y brindar certeza y seguridad jurídica en las contrataciones por medios electrónicos.

QUINTA.- El panorama que se vislumbra, a partir de una revisión cotidiana a lo que sucede en la red global internet es, por lo que respecta al intercambio de información y comunicación, muy incierto; pero hay elementos o indicadores que nos permiten aseverar que cada vez más los particulares se van relacionando unos con otros, sin importar su origen, idioma, género, edad o intereses; en ese sentido está la puerta abierta para que esta red de redes se profile como la plataforma de intercambio de bienes o servicios por excelencia.

SEXTA. La fuente de obligaciones conocida como declaración unilateral de la voluntad en su vertiente de oferta -y más específicamente oferta electrónica- es la más usual en este campo virtual.

SÉPTIMA. Si algo es indudable, es que la red internet está saturada de mensajes de los particulares, a través de foros *ex profeso* -y más recientemente con el auge de las “redes sociales” proyectadas de manera permanente en sus “blogs” o “espacios”- dando a conocer ofertas tendientes a comprar o vender desde un lápiz hasta lo menos imaginable. Por tal motivo consideramos importante regular la oferta de contrato a través de medios electrónicos.

OCTAVA. En razón de lo anterior, proponemos que la expresión de la voluntad por medios electrónicos, ópticos u otras tecnologías, se regule en el código civil para el Distrito Federal de la siguiente manera:

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

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

II. Será tácito cuando resulte de hechos o de actos que lo presuponen o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio deba manifestarse expresamente.

NOVENA. También proponemos la modificación al artículo 1805 del ordenamiento civil citado, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono, telégrafo o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la voluntad en forma inmediata, previo acuse de recibo. En caso contrario, el autor de la oferta quedará desligado hasta que haya transcurrido el tiempo necesario para que el aceptante envíe la respuesta, siempre y cuando, de haber un retraso considerable, pueda estar en aptitud de comprobar que se encontraba en la imposibilidad de conocer el contenido.

DÉCIMA.- La oferta puede hacerse a través de los medios electrónicos; en este supuesto consideramos que debe contemplarse la posibilidad de que el destinatario de la oferta esté en aptitud de responder a la misma *en un tiempo prudente*, por ello se sugiere la creación de criterios sobre cuál podría ser el tiempo razonable en que una persona debe de revisar su correo electrónico y contestar la propuesta del oferente.

DÉCIMA PRIMERA. El problema que presenta la configuración del consentimiento por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra nueva tecnología conocida o por conocer, es un problema de inmediatez, en ese sentido proponemos que la oferta realizada a través de medios electrónicos dejado en el correo electrónico, o en cualquier otro medio o dispositivo por el cual pueda lógicamente desprenderse que el destinatario pueda no saber de su contenido de manera inmediata, se considere entre personas no presentes, por lo que la ley debe fijar un plazo prudente para que la oferta tenga vigencia, dicho plazo puede ser de cuarenta y ocho horas.

DÉCIMA SEGUNDA. Cuando haya comunicación directa y se esté contestando una oferta a través del correo electrónico o cualquier otro dispositivo se entenderá la oferta entre presentes sin plazo y deben aplicarse las reglas generales.

DÉCIMA TERCERA. La presente tesis se limita a exponer este fenómeno desde la óptica del derecho civil, con el ánimo de intentar reivindicar la supremacía del derecho común que, ante la obscuridad de otras leyes que trastocan los mismos conceptos, pueda dar un halo de certeza y rumbo a la nueva forma de expresión de la voluntad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, 3ª Edición, Editorial Harla, México, 1993.

Borja Soriano Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 14ª Edición, Editorial Porrúa. México, 1995.

Cisneros Farías Germán, *La Voluntad en el Negocio Jurídico*. Editorial Trillas. México, 2001.

Cornejo López, Valentín. *Los Medios Electrónicos Regulados en México*. Editorial Sista. México, 2006.

Davara Rodriguez, Miguel Angel. *Manual de Derecho Informático*. Editorial Aranzandi. España, 1998.

Díaz Bravo Arturo, *Contratos Mercantiles*, 6ta Edición. Editorial Oxford University Press Harla. México, 2000.

De Buen Lozano Néstor, *La Decadencia del Contrato*, 4ª. Edición, Editorial Porrúa. México, 2004.

De La Maza, Gazmuri Iñigo (Coordinador) et Al.. *Derecho y tecnologías de la información*. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de Santiago de Chile, 2002.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Derecho Civil: Contratos*, 2da Edición. Editorial Porrúa. México, 2002.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Derecho Civil/ Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 8va Edición. Editorial Porrúa. México, 2000.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico*, 3ª. Edición, Editorial Porrúa. México, 1982.

Duguit, León. *Teoría General del Acto Jurídico. Colección Clásicos Breves*. Ed. Greca Editores. México, 1998.

Ebers, Martin. *Principales Instituciones en el Derecho Civil de las Obligaciones en Alemania Tras la Reforma del BGB en El Derecho Civil a 200 años del Código Napoleón, Tomo I, el Derecho Español y Europeo*, Jorge Luis Collantes González y Fernando Serrano Migallón (Coordinadores), Editorial Porrúa, México. 2005.

Elías Azar Edgar, *La Contratación por Medios Electrónicos*. Editorial Porrúa. México, 2005.

Gutiérrez y González Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, 13ª Edición. Editorial Porrúa. México, 2001.

Gutiérrez Gómez, María Clara. *Consideraciones Sobre el Tratamiento Jurídico del Comercio Electrónico*, en *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*. Ed. Legis. Colombia. 2002.

Hance Oliver. *Leyes y Negocios en Internet*. Editorial McGraw-Hill. México, 1996

Hernández Gil, Antonio. Obras completas, tomo 3, *Derecho de las Obligaciones*. Ed. Espasa, Madrid 1988.

Hurtado Avelino, León. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. 4ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1991

Marty, G. *Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones*, Volumen I, Ed. José María Cajiga Jr. Puebla, México. 1980.

Menéndez Mato, Juan Carlos. *La Oferta Contractual*. Editorial Aranzandi. España, 1998.

Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídicas Europa América. Volúmenes I y II. Buenos Aires, 1952.

Moreno Navarrete, Miguel Ángel. *Derecho-e, Derecho de Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons. Madrid. 2002.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Contratos Civiles*. 10ª. Edición. Editorial Porrúa, México. 2004.

Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 3. 27a. Edición. Editorial Porrúa, México 2007.

Rojas Amandi Víctor Manuel, *El Uso de Internet en el Derecho*, 2da. Edición. Editorial Oxford University Press. México, 2001.

Sánchez Medal Ramón, *De los Contratos Civiles*, 17ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1999.

Ortiz-Urquidi Raúl, *Derecho Civil: Parte General*, 2da Edición. Editorial Porrúa. México 1982.

Zamora Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Editorial Porrúa. México. 1997.

Zubieta Uribe, Hermann. *Los mensajes de datos y las entidades de certificación*. En *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*, Ed. Legis, Colombia 2002.

LEYES

Código Civil para el Distrito Federal

Código Civil Federal

Código de Comercio

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, con la Guía para su incorporación al derecho interno.
http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional sobre Firma Electrónica, con la Guía para su incorporación al derecho interno.
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

Proyecto de decreto emitido por la Cámara de Diputados de fecha 2 de abril del 2009, por el que se aprueba la Ley para el Desarrollo de la Sociedad de la Información.

REVISTAS JURIDICAS.

Diario de Debates. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados.
<http://gaceta.cddhcu.gob.mx/>

ESCRIBANO. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. Número 43, Año XI, julio-septiembre 2008.

PUBLICACIONES EN INTERNET

CAS, Gérard *El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras*
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/art/art7.htm>, visto el 10 octubre del 2007.