



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIVISIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN PROCESAL**

LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Trabajo Especial de Grado,
presentado como requisito parcial
para optar al Grado de Especialista en
Derecho Procesal.

**Autor: Abg. Bastidas, Juan
Asesora: Abg. Ana Gudiño Marín**

Trujillo, Septiembre, 2012

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN PROCESAL**

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesora del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano abogado JUAN BASTIDAS, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO**. Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Trujillo, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil doce (2012).

**Abg. ANA RITA GUDIÑO MARIN
C.I. 5.757.010**

ÍNDICE GENERAL

	pp.
Carta de Aprobación	ii
Índice General	iii
Resumen	v
Introducción	1
Capítulo I. Rasgos innovadores de la contratación a través de medios electrónicos	
Concepto de comercio electrónico	8
Problemática en cuanto a la formación del contrato electrónico	14
El comercio electrónico como un servicio de la sociedad de la información	21
Principios generales de la contratación electrónica	25
Principio de equivalencia funcional	26
Principio de no discriminación de la información contenida en un mensaje de datos	29
Principio de no alteración del derecho existente	30
Principio de neutralidad tecnológica	32
Principio de libertad contractual	33
Principio de buena fe	34
Capítulo II. Eficacia y validez probatoria del contrato electrónico	
Las pruebas en el proceso civil venezolano	38
Definición, objeto y tema de la prueba	38
Sistema de valoración de la prueba	45
Valor probatorio del contrato electrónico	48
La firma como requisito	51
La firma digital	53

	pp.
Capítulo III. Elementos de los contratos celebrados electrónicamente	
Elementos del derecho de la contratación electrónica	58
El objeto	60
La causa	60
El consentimiento	61
Legislación aplicable a las etapas de formación de los contratos mercantiles celebrados a través de Internet	62
Capítulo IV. Acción de resolución de los contratos electrónicos	
Acciones ejercitables y otros aspectos jurídicos a destacar	76
Normas aplicables	82
La jurisdicción aplicable en los contratos mercantiles celebrados a través de internet	87
Conclusiones	97
Referencias bibliográficas	102

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIVISIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN PROCESAL

LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Autor: Abg. Bastidas, Juan
Asesora: Abg. Ana Gudiño Marín
Fecha: Julio de 2012

RESUMEN

La irrupción de los microprocesadores en casi todos los órdenes de la vida y la utilización de los más diversos soportes magnéticos u ópticos para guardar y transmitir datos e informaciones, ha determinado en el mundo jurídico la aparición de algunos interrogantes conceptuales. En tal virtud, el ser humano ha creado una nueva posibilidad para realizar negocios jurídicos a través de la utilización de medios electrónicos y digitales para la conformación de actos con carácter de contratos, lo cual produce un cambio radical a las percepciones y doctrinas que han regido siempre para los contratos tradicionales, un nuevo paradigma basado en la revolución digital que permite la desaparición del espacio y el tiempo, pero crea una incertidumbre legislativa. Así se tiene que las implicaciones de la tecnología en el ámbito jurídico responden a la tendencia innovadora de la sociedad actual, pero exigen además el establecimiento de normas ajustadas a tales modalidades. Con base en lo anteriormente expuesto, el objetivo del presente Trabajo Especial de Grado es analizar la acción de resolución de contrato celebrado electrónicamente. La elaboración del estudio encuentra su justificación en la necesidad de reforzar la esencia del contrato dentro del derecho procesal civil venezolano, aun cuando la voluntad de las partes se exprese por un medio electrónico. La metodología seleccionada es la ajustada a un estudio de tipo jurídico-descriptivo, con apoyo de un diseño bibliográfico, a objeto de elaborar un marco teórico conceptual para formar un cuerpo de ideas sobre el objeto de estudio, lo cual se hará a través de la aplicación del análisis de contenido, con una interpretación inductiva-deductiva.

Palabras clave: Acción, resolución, contrato electrónico.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la información y su manejo son de gran valor económico y político, por lo tanto, el tener el mundo abierto al diálogo a través de redes de información es el mejor mercado; así se tiene que los documentos y su validez a lo largo del tiempo son un claro ejemplo del temor a lo novedoso y a los cambios. Cuando se inventó la escritura se dijo que iba a terminar con la congénita facultad de recordación y memoria de la humanidad.

El progreso cada día más importante y sostenido de los sistemas computacionales permite hoy procesar y poner a disposición de la sociedad una cantidad creciente de información de toda naturaleza, al alcance concreto de millones de interesados y de usuarios. Las más diversas esferas del conocimiento humano, en lo científico, en lo técnico, en lo profesional y en lo personal están siendo incorporadas a sistemas informáticos que, en la práctica cotidiana, de hecho sin limitaciones, entrega con facilidad a quien lo desee un conjunto de datos que hasta hace unos años sólo podían ubicarse luego de largas búsquedas y selecciones en que el hombre jugaba un papel determinante y las máquinas existentes tenían el rango de equipos auxiliares para imprimir los resultados. En la actualidad, en cambio, ese enorme caudal de conocimiento puede obtenerse, además, en segundos o minutos,

transmitirse incluso documentalmente y llegar al receptor mediante sistemas sencillos de operar, confiables y capaces de responder casi toda la gama de interrogantes que se planteen a los archivos informáticos.

Es así como el aumento de usuarios de sistemas electrónicos de información y comunicación, han colocado al contrato electrónico en un lugar esencial dentro de la dinámica de los mercados internacionales de bienes y servicios.

El Internet es una forma de globalización mundial, del cual el mundo entero y por ende el país venezolano está siendo parte desde hace tiempo, la cual abre paso a la organización, discusión y análisis. El Internet como medio generador de contacto entre personas y sistemas, da lugar a un sin fin de relaciones reguladas por el derecho, en específico, en el momento preciso en el que surgen obligaciones contractuales entre dos o más partes.

En efecto, el uso del Internet experimenta un crecimiento exponencial, el cual da lugar a nuevas formas jurídicas, producto de las nuevas formas de relación entre las personas, no solamente de un solo país, sino de todo el mundo, es por ello que hoy se puede decir que el Internet se ha convertido en un elemento necesario para el comercio electrónico.

Por tanto, las nuevas tecnologías con Internet a la cabeza han supuesto una revolución para el comercio dando lugar a la contratación electrónica, la doctrina sostiene que es la manera de negociar y perfeccionar un contrato a través o por medios electrónicos o más estrictamente aquella contratación en

donde la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

Siendo de destacar que el contrato electrónico, es el mismo contrato convencional, pero presenta una peculiaridad y es que el medio utilizado por las partes para expresar su voluntad es electrónico.

En este orden de ideas, es menester señalar que si los contratos son actos jurídicos que son celebrados por dos o más partes para modificar regular o extinguir una relación jurídica patrimonial; los contratos celebrados electrónicamente se realizan sin la presencia física de las partes, esto es más o dos sujetos, prestando su consentimiento, por medio de equipo electrónico de tratamiento y almacenaje de datos de datos conectados por cualquier medio electrónico.

De igual forma, el ordenamiento jurídico venezolano, de conformidad con el artículo 1.133 del Código Civil (1982), señala que: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.”

Por tanto y con base a lo anteriormente expuesto, el contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es decir, es una especie dentro del género de los convenios. El contrato crea derechos reales o personales, o bien los transmite, pero el contrato no puede crear derechos distintos.

Así pues, la contratación electrónica tiene una nueva forma de expresión de voluntad debido a que el contrato se materializa a través de un medio acorde con los avances de la técnica y la realidad que se vive actualmente, como es el soporte electrónico. Esta forma de celebración del contrato a través de medios electrónicos, en Venezuela encuentra su fuente y reconocimiento en el texto del artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001), el cual sostiene que en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y la aceptación se realice por medio de mensaje de datos.

Dicha disposición, según Viso (2004), no viene a ser más que la expresión de no discriminar el soporte técnico como medio probatorio, pues lo que se considera son los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración, los cuales deben producirse independientemente de medio usado para su materialización. Este criterio se conoce como el principio de equivalencia funcional.

De esta manera, no existe duda que la regulación del contrato electrónico se encuentra amparado bajo Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001). Sin embargo, por ser dicho Decreto Ley, conforme a su exposición de motivos, un instrumento legal que regula los mecanismos de intercambio de información, haciéndolos jurídicamente trascendente a la administración de justicia y permitiendo su apreciación y valoración con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones

asumidas, le otorga el pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de dichas tecnologías.

En lo relacionado a los elementos del contrato que se incorporan en el formato electrónico de los contratos, según Salgueiro (2004), nuevamente, la amplitud de la norma evidencia que no hay necesidad de una Ley previa que permita el cumplimiento de estos requisitos fundamentales por vía electrónica, debido a que dichos elementos esenciales del contrato, así como lo relativo a las fases de la contratación no presentan diferencias de fondo por el hecho de la contratación se realice por vía electrónica, siendo la única diferencia la relativa al medio a través del cual se manifiesta la voluntad de las partes.

Es así como se llega a la celebración de contratos por medio de Internet y al comercio electrónico, pues conforme avanza la tecnología, tiene que avanzar el derecho, ello en virtud, de las amplias posibilidades comerciales que ofrece el mercado electrónico o virtual generado en las autopistas de la información como Internet, las cuales pueden alterar muchos de los paradigmas del mercado físico o presencial tradicional.

Si se parte del hecho cierto de que desde el momento del nacimiento del contrato, es decir, de su perfección, se conoce desde qué momento el contrato existe, así como se determina cuál es la ley aplicable a la capacidad de las partes contratantes, cuál es la norma aplicable en el supuesto de modificaciones legislativas ocurridas durante la formación del contrato, se

determinan los plazos de prescripción, el límite de la retroactividad en el caso de contratos sometidos a condición, la transferencia de los riesgos de la cosa objeto del contrato, los precios del mercado o la rescisión de los contratos hechos en fraude de los acreedores, entre otros; se pueden aplicar cualquiera de las acciones destinadas al cumplimiento y a la resolución del contrato, debido a que esta modalidad no presenta diferencia de fondo con relación a la contratación de forma convencional.

Por todo lo antes expuesto, es necesario realizar un análisis de la resolución de los contratos celebrados electrónicamente, teniendo en consideración que para los casos en donde se haya pactado la resolución convencional, no habrá ningún problema, mientras que cuando se trate de situaciones donde la resolución corre de pleno derecho, corresponderá a los órganos jurisdiccionales respectivos, la apertura, desarrollo y las pruebas del incumplimiento del contrato electrónico. Para ello es preciso tener en cuenta que el aspecto probatorio es una de los más complicados, debido a que la formación de voluntad no cuenta con un respaldo como sucedería en la contratación convencional.

La importancia de este estudio viene dada en razón de que los sujetos que del contrato, deben prever y establecer cómo va a regirse su relación jurídica, sin dejar a un lado, por ejemplo, el objeto, las obligaciones de los sujetos; siendo que la forma de resolución debe establecerse también en tal contrato; aunado a que esto propiciaría la necesidad de conocer cómo el

grado de innovación en el contrato electrónico y sus cambios, que consecuentemente producen por la manera de contratar, influyen en el Derecho.

Así desde la perspectiva de una justificación teórica, el presente estudio proporciona un análisis jurídico del contrato electrónico, para poder dar a conocer los posibles instrumentos que puedan ser útiles al momento de presentarse obstáculos del entorno legal de la mencionada contratación, específicamente al momento de resolverlo.

Desde el punto de vista práctico, tiene gran relevancia en virtud de que el contrato electrónico es una herramienta generada por la globalización. Por tanto es importante tener en cuenta algunos escenarios que permitan comprender en su justa dimensión, sobre todo cuando la resolución del contrato ocurre de pleno derecho; tomando en cuenta que la importancia de los contratos no depende de la presencia físicas de las partes contratantes sino de consentimiento entre ellas.

De igual forma, el estudio puede servir de apoyo a los profesionales del derecho, tanto al estudiantado como al foro en general, en razón de que constituye en el mundo actual un instrumento para la realización de negocios jurídicos; ya que representa una nueva forma de expresar la voluntad de las partes.

CAPÍTULO I

RASGOS INNOVADORES DE LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Concepto de comercio electrónico

Quizá en el aspecto donde mayormente ha abundado la doctrina es el que se refiere a la definición de comercio electrónico, ello obedece por supuesto a lo novedoso del tema y al hecho de que no puede estudiarse una figura, negocio, contrato o institución, sin que previamente se haya determinado en qué consiste el objeto de estudio.

Sin embargo, se ha observado que muchos de los conceptos aportados por los estudiosos de la materia e incluso por las distintas legislaciones que han regulado este tipo de actividad, centran las definiciones en una operación del comercio, que es de gran importancia, pero que no es la única en la cual se agota la actividad mercatoria, cual es la operación o contrato de compraventa.

Por lo antes expuesto, se considera conveniente que antes de definir el comercio electrónico, se precise la noción de comercio, diferenciando el aspecto económico y jurídico del mismo, para así poder comprender todos los actos mercantiles que pueden ser realizados a través del denominado e-commerce.

Desde el punto de vista económico tradicionalmente se ha sostenido que el comercio es una rama de la industria, específicamente la que se refiere a la industria comercial, de la cual se dice que contribuye eficazmente a la circulación de los productos (Pineda, 1982, citado por Jiménez, 2000). Por lo cual se concluye que el comercio en sentido económico se circunscribe a la actividad de intermediación de bienes y servicios.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico el significado de la palabra comercio es más amplio ya que "...comprende tanto la actividad intermediaria en la circulación de bienes o servicios, como la actividad industrial dirigida a la producción de bienes o servicios" (Núñez, 1984, citado por Jiménez, 2000, 26). Lo que abarca no sólo lo que los economistas conocen como industria comercial, sino también la llamada industria manufacturera. Por lo tanto el comercio jurídicamente considerado, es la actividad de producción y comercialización de bienes y servicios.

Dentro de las definiciones de comercio electrónico se distinguen aquellas que centran la atención en los medios electrónicos empleados y las que toman como punto de referencia las actividades consideradas mercantiles.

a) Definiciones que destacan el medio electrónico utilizado:

"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” (Recalde, 1999, citado por Jiménez, 2000, 26). Como puede observarse, en esta definición lo importante es el hecho de que las declaraciones de voluntad se manifiesten por medios electrónicos, no distinguiendo el tipo de operación a realizar, ya que se utiliza la palabra “contrato” de una manera general, pues ni siquiera se indica que se trata de contratos mercantiles.

En el mismo sentido lo define Bibiana (2001, citado por Acosta, 2003, 132) al señalar que se entiende por comercio electrónico “cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial, basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet”.

Igualmente, Fernández (2002, citado por Acosta, 2003, 132), expresa que “Se entiende por comercio electrónico los intercambios comerciales que se producen a través del uso de las redes de telecomunicación, y de las herramientas electrónicas” Para Sarra (2000, citado por Acosta, 2003, 133), el comercio electrónico “...involucra cualquier transacción comercial efectuada por medios electrónicos, es decir, que incluiría medios tales como el fax, el télex, el teléfono, los EDI (electronic data interchange) e Internet”.

b) Definiciones que enfatizan el acto de comercio o actividad mercantil:

Para Téllez (2004, citado por Acosta, 2003, 142), explica que el comercio electrónico se refiere a “aquellos actos de comercio que permiten interactuar óptica y electrónicamente, para realizar transacciones comerciales de bienes y servicios a distancia”. Este autor considera el

comercio electrónico como un medio para realizar los actos de comercio, y positivamente destaca que a través del mismo se realizan transacciones comerciales, lo que da la posibilidad de incluir múltiples operaciones mercantiles, y no sólo la compra-venta mercantil, como señalan otros autores.

Una vez realizada la revisión conceptual de comercio electrónico, se propone la siguiente definición: el comercio electrónico consiste en la realización de actividades consideradas jurídica y consuetudinariamente comerciales a través de la utilización de medios electrónicos, lo que se traduce en el incremento de oportunidades comerciales debido a la facilidad con la cual se produce el intercambio de voluntades.

En la definición presentada se puede apreciar lo siguiente:

1.- El comercio electrónico consiste en la realización de actividades consideradas jurídica y consuetudinariamente comerciales.

Cuando se habla de comercio electrónico se debe advertir que se refiere a la realización de actividades comerciales, porque existen otros actos, negocios o contratos, que no son comerciales y se pueden efectuar por medios electrónicos. Así por ejemplo, si dos sujetos se están comunicando por un medio electrónico (como Internet), y dentro de esa comunicación surge de forma tangencial la venta de un bien que uno de los sujetos posee, esta operación de compra-venta será civil, y sin embargo, se habrá efectuado a través de un medio electrónico.

Lo anterior lleva a considerar que la determinación de los actos, operaciones o contratos como comerciales, viene dada por la legislación o por la costumbre mercantil. De tal manera que la calificación del acto de comercio (o la actividad de la empresa, como actualmente lo denomina la doctrina moderna) viene dada por la legislación; y cuando se trata de nuevas operaciones o actividades nacidas en virtud de la misma evolución del comercio, y por lo tanto no reguladas todavía por la ley, es la llamada costumbre mercantil quien les da el carácter de comercial.

Por lo demás conviene recordar que existe una gran variedad de operaciones catalogadas como mercantiles, de las cuales la compra-venta sólo es una de ellas, pero no la única, de tal forma que a título de ejemplo se pueden mencionar las operaciones bancarias, la actividad del seguro, las empresas de manufacturas y de construcciones, el transporte de mercancías y de personas, las operaciones de comercio marítimo, los títulos valores, la intermediación a través del mandato, comisión y corretaje mercantil, entre otras.

2.- Las actividades mercantiles se realizan a través de medios electrónicos.

Con relación a este punto es importante determinar qué debe entenderse por medios electrónicos, porque de ellos se tiene un concepto amplio y otro restringido.

En sentido amplio, por medios electrónicos se entienden los medios tales como el teléfono, el fax, el telex, los EDI e Internet; en cambio en sentido restringido sólo se incluyen dentro de los medios electrónicos a las redes cerradas y abiertas, esto es, los EDI e Internet.

3.- Esta novedosa forma de efectuar las operaciones mercantiles comporta el incremento de las oportunidades comerciales, debido a la facilidad con la cual se produce el intercambio de voluntades.

Con base a todo lo anteriormente planteado, ciertamente la utilización de medios electrónicos en las actividades mercantiles y especialmente el uso de Internet, ha permitido una mayor celeridad y reducción de costos en las operaciones que se realizan, ya que esta forma de comunicarse facilita el acuerdo de voluntades entre sujetos ubicados en distintos sitios geográficos. Por ello puede decirse que se está en presencia de un mercado virtual donde se produce el encuentro de oferentes y demandantes de bienes y servicios.

Por tanto, el comercio electrónico es una metodología moderna para hacer negocios que detecta la necesidad de las empresas, comerciantes y consumidores de reducir costos, así como mejorar la calidad de los bienes y servicios, además de mejorar el tiempo de entrega de los bienes o servicios. Por lo tanto no debe seguirse contemplando el comercio electrónico como una tecnología, sino que es el uso de la tecnología para mejorar la forma de llevar a cabo las actividades empresariales. Ahora bien, el comercio electrónico se puede entender como cualquier forma de transacción

comercial en la cual las partes involucradas interactúan de manera electrónica en lugar de hacerlo de la manera tradicional con intercambios físicos o trato físico directo. Actualmente la manera de comerciar se caracteriza por el mejoramiento constante en los procesos de abastecimiento, y como respuesta a ello los negocios a nivel mundial están cambiando tanto su organización como sus operaciones. El comercio electrónico es el medio de llevar a cabo dichos cambios dentro de una escala global, permitiendo a las compañías ser más eficientes y flexibles en sus operaciones internas, para así trabajar de una manera más cercana con sus proveedores y estar más pendiente de las necesidades y expectativas de sus clientes. Además permiten seleccionar a los mejores proveedores sin importar su localización geográfica para que de esa forma se pueda vender a un mercado global.

Problemática en cuanto a la formación del contrato electrónico

Antes de comenzar a hablar sobre la problemática jurídica que se presenta en la formación del contrato electrónico, como por ejemplo la regulación de la realización de la oferta, es oportuno hacer mención sobre su significado, en ese sentido se entiende por contrato electrónico según Baldo (2005, 248):

...aquel en el cual las dos partes que lo celebran no están presentes físicamente, sino que se ponen de acuerdo mediante un

sistema de comunicaciones, confirmándose la aceptación del contrato en un sistema electrónico de tratamiento de datos, y enviándose por una red de datos.

De igual modo, el contrato electrónico viene a ser para Quero, García y Peña (2007, 174):

Todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones...y producirán los efectos previstos en el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su cumplimiento.

En ese orden de ideas, y en lo referente en cuanto al momento de la formación del contrato electrónico, resulta de importancia hablar brevemente, sobre el carácter transfronterizo del contrato electrónico. Carácter que encuentra su origen en la globalidad y rapidez de las comunicaciones que representa el uso de la red Internet, lo que según Viso (2004, 40): "...no permite *a priori* distinguir entre un contrato internacional y uno sometido al mismo Derecho interno de un Estado."

Ahora bien, el problema medular del carácter transfronterizo de la celebración del contrato electrónico, radica en el hecho de que el contrato sea internacional, sin que las partes lo lleguen a saber, es decir, la problemática se fundamenta según Viso (2004, 40): "...en la indefensión que pudiesen sufrir ambas partes contratantes o alguna de ellas, por el desconocimiento de la Ley aplicable al contrato electrónico, que es uno de

los principales efectos del carácter transfronterizo de esta clase de contratos.”

Se dan muchos supuestos en cuanto al carácter internacional del contrato celebrado electrónicamente; como por ejemplo, cuando el contrato se celebra entre empresarios que llevan largo tiempo realizando transacciones comerciales, los cuales no pueden amparar el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en el desconocimiento de la Ley aplicable. Es oportuno recordar que los contratos se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, por lo cual las partes al saber que el contrato a celebrar es de carácter internacional, previamente escogen el derecho aplicable.

Tal situación trajo como consecuencia, que se generalizara la tesis de que el contrato electrónico celebrado a través de Internet, tiene siempre naturaleza internacional. No obstante, según Viso (2004, 41): “...parte de un falso supuesto, ya que no necesariamente todos los contratos electrónicos contienen elementos extranjeros.”

De igual forma puede suceder, que las partes al momento de celebrar el contrato, desconozcan que se trata de un contrato internacional, por lo cual, no sepan que Ley sería aplicable, sin que tal desconocimiento según Viso (2004, 42): “...pueda ser atribuido a la falta de diligencia de alguna de las partes”. Sin embargo, surgen dificultades a la hora de comprobar realmente

si hubo o no falta de diligencia, teniendo en cuenta que la ignorancia de la Ley no excusa de su incumplimiento.

En ese orden de ideas, es importante hacer referencia sobre el crecimiento de la tendencia en la celebración de contratos electrónicos entre ausentes, lo cual ha generado un debate en cuanto al momento en que se perfecciona el contrato. Debate que se ha centrado en la determinación de que si el contrato celebrado electrónicamente, es un contrato que se celebre entre personas que se encuentran presentes o ausentes.

La postura predominante es considerar que los contratos celebrados de forma electrónica en entornos abiertos, son contratos celebrados entre ausentes. La causa de la multiplicación de los contratos entre ausentes, se reduce al incremento en las comunicaciones por medios electrónicos.

Dicha multiplicación de la celebración de contratos entre ausentes, trae como consecuencia según Viso (2004, 43): "...una serie de problemas prácticos con respecto al momento y lugar de formación del contrato, particularmente cuando se trata de contratos electrónicos en entornos abiertos, que no plantean los contratos entre presentes."

En ese sentido, tanto el momento como el lugar de la formación del contrato entre personas que se encuentren ausentes, va a depender de la Ley a la que quede sometido el contrato celebrado. Esta situación se presenta tanto en la celebración de contratos con carácter internacional,

como a aquellos que se regulan por el derecho interno de un Estado determinado.

El momento de la celebración del contrato electrónico entre ausentes, resulta de vital importancia, debido a que facilita según Viso (2004, 44): "...a determinar la transmisión del riesgo de los bienes en los contratos de compraventa y para designar la Ley aplicable al contrato, tal como sucede en algunos supuestos contemplados en la Convención de Roma." En cuanto al lugar de la celebración del contrato, parece haber perdido interés para el Derecho Internacional, no obstante, mantiene su vigencia sobre todo en aquellos en los cuales una de las partes es un consumidor, independientemente de que se trate de un producto o un servicio.

En cuanto al punto de la oferta en la celebración de contratos electrónicos en entornos abiertos, se puede decir que dada la rapidez con que se maneja la información en Internet, y la disposición de este medio por las personas en casi todo el planeta, hace posible que una oferta realizada por un operador internacional sea conocida por cualquier persona en cualquier momento.

La oferta de manera general se entiende según Rico (2005, 130): "...como una declaración unilateral de carácter recepticio, emitida por el oferente con la finalidad de vincularse a una relación contractual determinada." En ese sentido para que la oferta sea considerada válida y obligue a la persona del oferente, según Rico (2005, 130): "...debe contener

los elementos esenciales del contrato que se propone e ir formalmente orientada hacia la celebración del mismo, siendo necesario que quede de manifiesto, en forma indubitada, la intención del oferente de obligarse en virtud de la oferta.” (p. 130).

En la celebración de contratos electrónicos en entornos abiertos, se presentan diversos problemas en cuanto a las ofertas que aparecen en las distintas páginas Web, así como también las que son enviadas por medio de correos electrónicos o e-mail.

En ese sentido, se puede hacer referencia en primer lugar, sobre el problema que representa la determinación del lugar del cual proviene la oferta, y en segundo lugar según Rico (2005, 130): “...la naturaleza jurídica de los mensajes contenidos en esos instrumentos, si realmente deben considerarse como verdaderas ofertas que obliguen al oferente o si por el contrario deben ser considerados como simples mensajes publicitarios constitutivos de una invitación a ofrecer...”

En ese sentido se ha generado un intenso debate, entre quienes sostienen que la oferta realizada por Internet, de lo que se trata es de una invitación a ofrecer, y quienes piensan que se trata realmente de una oferta. La primera corriente se basa en que, las diversas empresas que ofertan sus productos por medio de páginas Web, lo que están haciendo es una simple invitación a aquellos consumidores que se encuentren interesados, para

concretar una futura negociación, en la cual el consumidor asumiría el papel de ofertante y el vendedor el de aceptante.

Por su parte, quienes se oponen a la primera corriente, según Rico (2005, 132): "...consideran que un anuncio en un periódico, un cartel, un folleto e incluso un artículo exhibido en un escaparate, siempre que se indique el precio, podrá ser considerado como una oferta."

Específicamente los casos de las ofertas realizadas por medio de páginas Web o a través de correos electrónicos, se considera que para que se considere la oferta realizada como válida, es suficiente que llene los requerimientos legales, por lo cual según Rico (2005, 133):

...deben considerarse tanto los de carácter general como los exigidos para cada tipología contractual , en consecuencia, cuando todos los requisitos se cumplan , una oferta publicada en una página Web, o transmitida por correo electrónico...debe considerarse como tal desde el punto de vista jurídico y obliga por tanto al oferente en los términos en ella contenidos. (p. 133).

Quiere decir que tanto las ofertas realizadas a través de las páginas Web, como las que se transmiten vía e-mail, al cumplir con los requisitos legales propios de la modalidad, así como también los requeridos para cada tipo de contrato, tendrán plena validez, produciendo como consecuencia la obligación del oferente en los términos establecidos previamente en las distintas ofertas.

El comercio electrónico como un servicio de la sociedad de la información

La ciencia del derecho ha tenido que adaptarse a los cambios experimentados por la sociedad a través del paso del tiempo, como por ejemplo, el fenómeno de la tecnología. En ese sentido las diversas normas jurídicas se han visto en la necesidad de adecuarse a nuevas circunstancias, a supuestos de hecho que no habían sido previstos en un comienzo.

En principio no pareciera existir alguna diferencia entre un contrato de carácter electrónico y uno celebrado de forma escrita, debido a que su esencia se mantiene independientemente, solo pareciese variar según Viso (2004, 29): "...el medio utilizado para manifestar el consentimiento, lo cual se reduce a un problema probatorio y técnico en la medida de que es necesario establecer los efectos jurídicos que produce la transmisión de información por medios informáticos."

Esta postura de considerar que la única diferencia existente entre los contratos electrónicos y escritos, era la forma o manera de manifestar el consentimiento, estaba influenciada por el sistema de contratación electrónica en entornos cerrados. No obstante bajo el sistema de contratación en entornos abiertos, según Viso (2004, 29): "...se requieren de cambios normativos muchos más profundos que los de una simple adaptación de normas jurídicas."

En ese orden de ideas, la contratación electrónica en entornos cerrados, se caracteriza por ser un sistema de comunicación que no se encuentra plenamente abierto al público en general, son según Rodner (2001, 21): "...sistemas establecidos en relaciones banco con banco y han venido operando desde los años 80, aun antes del nacimiento de Internet."

El sistema de contratación electrónica en entornos cerrados, comprende la conexión de una persona en específico con un sistema determinado., con el propósito de celebrar según Rodner (2001, 21): "...un contrato normativo o condiciones para la operación del sistema cerrado."

La dinámica de funcionamiento de los entornos privados, ha dado pie a la necesidad de que las partes involucradas en la contratación, lleven a cabo una serie de actividades con antelación a la celebración del contrato por la vía electrónica. Dichas actividades pueden consistir según Viso (2004, 30): "...en el acuerdo sobre el contenido de los mensajes EDI, el tipo de red que será utilizada, el protocolo de comunicación, los códigos que emplearán las partes y los efectos jurídicos que producirán dichos aspectos técnicos."

En la medida en que se comenzó a utilizar la red privada como mecanismo de la contratación electrónica, fue extendiéndose entre los comerciantes la práctica generalizada de celebrar según Viso (2004, 31): "...por escrito y previamente al inicio de sus relaciones comerciales, convenio marco denominado acuerdo de intercambio EDI."

Los contratos electrónicos celebrados en entornos cerrados, en principio y a nivel jurídico, no implican grandes retos o problemas a resolver, debido a que en los acuerdos previos celebrados por los comerciantes previamente antes de la contratación, se establece la forma como serán regidas las obligaciones contractuales, en donde reina el principio de la autonomía de la voluntad, el cual según Hurtado (1991, 44): "...es una consecuencia de la libertad de cada individuo, puede definirse como un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos con ciertas limitaciones."

Los problemas jurídicos que pudiesen generarse por la práctica de la celebración de contratos electrónicos en entornos cerrados, tales como el régimen de responsabilidad y el de transmisión de datos de carácter electrónico (ampliar este problema); por nombrar algunos, se resuelve a través de la inclusión según Viso (2004, 32): "...de estipulaciones contractuales apropiadas y especialmente mediante la elección de la forma de resolver los conflictos y la Ley aplicable a los contratos."

En cuanto a la contratación electrónica dentro de entornos abiertos, se puede decir en pocas palabras, que a él puede acceder cualquier persona de manera indistinta. Para acceder a dicho entorno según Rodner (2001, 21): "...o para obtener un servicio determinado, puede requerir algún tipo de

código o de información. El sistema abierto es lo que se denomina Internet y el mismo opera en un espacio cibernético.”

La interconexión a una red abierta; como lo es Internet, permite que una persona tenga la facilidad de conectarse al moderno sistema, sin que tenga que costear grandes gastos, e independientemente del tipo de computador que posea. Lo que se erige según Viso (2004, 33): “...como una de las diferencias básicas con respecto a las redes cerradas, debido a que estas últimas operan con un número limitado de participantes y los equipos informáticos deben ser compatibles entre sí.” No obstante, el avance de la tecnología ha permitido que redes cerradas puedan llegar a conectarse con entornos privados, abaratando de ese modo costos operativos.

La navegación en la Internet resulta de gran facilidad para las personas que acceden a ella, debido a una gran cantidad de portales y buscadores, como por ejemplo Google y Yahoo, que sirven de gran ayuda a la hora de buscar cualquier tipo de información. En ese sentido, los cibernautas sin ningún tipo de dificultad pueden establecer contacto con una cantidad innumerable de comerciantes, con el propósito de contratar cualquier tipo de producto servicios que requieran. Contratación que de llegar a concretarse, pudiese pensarse que se trata según Rico (2005, 127):

...de un contacto efectuado entre presentes debido a la interactividad que ofrece este sistema de comunicación, donde las operaciones son ejecutadas en tiempo real, de manera que una vez que el aceptante pulsa el botón de aceptación contenido en la oferta contractual, el contrato se perfecciona en forma instantánea

según las reglas de la oferta y aceptación que rigen la formación del contrato.

En las contrataciones electrónicas realizadas en entornos abiertos, no se requiere la celebración de acuerdos previos, como ocurre según Viso (2004, 37): "...en los contratos electrónicos en entornos cerrados, en donde es indispensable que las partes precisen, al menos, ciertos aspectos técnicos...". En ese sentido, los diversos contratos electrónicos que se celebren en entornos abiertos, serán regulados por las condiciones de contratación que hayan sido preestablecidas.

Es importante resaltar que las contrataciones electrónicas, que se dan a través de las redes abiertas, como es el caso de la Internet, trae consigo problemas relativos a la confiabilidad e inalterabilidad de los datos que se transmiten, salvo que las partes involucradas en la contratación, sistemas de seguridad tendientes a salvaguardar la privacidad de las contrataciones realizadas en la red.

Principios generales de la contratación electrónica

Los principios que constituyen la formación y eficacia de los contratos celebrados electrónicamente han sido establecidos en su mayoría como parte de la actuación legislativa de los Estados en los que se han adoptado leyes que regulen la contratación electrónica siguiendo como directriz lo que al respecto han emitido organismos internacionales con competencia en

comercio electrónico y ha sido la doctrina quien en torno a estos principios ha desarrollado sus caracterizaciones y funciones; además ha catalogado una variedad de principios que se encuentran estrechamente vinculados entre sí y que la autora a continuación analiza con detenimiento.

Principio de equivalencia funcional

La revolución tecnológica de la última década del siglo XX permitió por primera vez la convivencia del ciudadano común con los avances producidos. La tecnología está ahora al alcance de todos y se desarrolla sin esperar una Ley previa que prevea las consecuencias de los avances que se van produciendo, así, nacen situaciones de carácter tecnológico con consecuencias similares a las de algunas instituciones del mundo físico, algunas con desarrollo milenario como el documento y la firma electrónica.

La equivalencia funcional consiste, en atribuirle la eficacia probatoria o mismo valor probatorio, a los mensajes de datos y firmas electrónicas, que los que la ley consagra para los instrumentos escritos. Es así como este principio está básicamente dirigido a establecer de forma directa la semejanza de igualdad y validez, de un documento electrónico por medio del cual se establece la celebración de una contratación electrónica, con un documento contenido con soporte en papel, atribuyendo para el primero de ellos la autenticidad en el contexto jurídico como para que pueda cumplir

con la misma función y utilidad del segundo. A este respecto Rico (2003, 57)

señala:

De acuerdo con los postulados de este principio, los efectos que produce un documento contenido en un soporte en papel, con la firma autógrafa de su emisor, los producirá su homólogo en soporte informático, firmado electrónicamente. La equivalencia funcional, permite aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, de este modo los efectos jurídicos deseados por el emisor se producirán con independencia del soporte donde conste la declaración. La LMUCE aborda cinco aspectos específicos de equivalencia funcional: el documento, la firma electrónica, originales y copias, el problema de la prueba y la conservación de los mensajes de datos.

La equivalencia funcional, permite aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto a las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, de este modo, los efectos jurídicos deseados por el emisor se producirán con independencia del soporte donde conste la declaración. Encuentra su fundamentación legal en Venezuela en la Exposición de Motivos de la Ley Sobre Mensaje de Datos de Firma Electrónica (LSMDFE, 2001) la cual establece: "Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos...". La LSMDFE (2001), define todos los mensajes de datos como toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Tal afirmación la hace el autor en atención a que la equivalencia funcional solamente se producirá entre ambos documentos solamente cuando el soporte electrónico cumpla con los requisitos y condiciones de un documento escrito, los cuales no son otros que los establecidos al efecto por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de La Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil CNUDM (1996), en los artículos:

Artículo 6: 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.

Cuando la ley requiera la firma de una persona, este requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos. Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos. 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 formada de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar. La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e

inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación.

Principio de no discriminación de la información contenida en un mensaje de datos

Este principio como regulador de la formación de los contratos celebrados electrónicamente se encuentra estrechamente vinculado con el principio de equivalencia funcional por cuanto este último, Según Rico (2005, 66):

...permite aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, de este modo, los efectos jurídicos deseados por el emisor se producirán con independencia del soporte donde conste la declaración... (p. 66).

De la cita anterior se puede agregar que la validez jurídica y la eficacia probatoria de cualquier manifestación de voluntad de las partes contentiva de una oferta o de una aceptación transmitida por medios electrónicos o similares, así como de los eventuales comunicaciones intercambiadas por las partes.

Esta reflexión encuentra su fundamentación legal en LSMDFE (2001) en la exposición de Motivos donde al respecto establece: "...7) No discriminación del mensaje de datos firmado electrónicamente. Garantiza la fuerza ejecutoria, el efecto o la validez de una firma electrónica que no sea

cuestionado por el solo motivo de que se presente bajo la forma de mensaje de datos...”. En el texto de la Exposición de motivos de la LSMDFE (2001), el legislador alude de forma expresa a este principio al indicar que la ley no se inclina a una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos , advirtiendo la necesidad de incluir tecnologías existentes .

Principio de no alteración del derecho existente

Este principio como regulador de la formación de los contratos celebrados electrónicamente debe observarse desde dos precisiones necesarias la primera de ellas según Viso (2004, 90):

...es de carácter técnico, debido a que el medio electrónico tiene un mayor número de aplicaciones prácticas que los medios tradicionales de comunicación y por tanto, se producen supuestos de hechos que difícilmente se hubieren podido prever en las normas jurídicas anteriores a la era informática.

Según este principio, los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía electrónica, ya que se trata solo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial. El Principio de inalteración del Derecho lo recoge la Directiva sobre comercio electrónico en el Considerando Nº 55, en materia específica del respeto al derecho de los consumidores. Este principio tiene una relación directa con las modificaciones normativas que se deben llevar a cabo para adaptar medios como el soporte electrónico y el soporte de papel.

Viene a constituir entonces este principio como una especie de transición entre las leyes en la era donde no existían las contrataciones electrónicas y donde si las hay imponiendo la adecuación del derecho existente a las contrataciones existentes más que su modificación al respecto nos indica Rico (2005, 71): “...Según este principio, los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía electrónica ya que se trata sólo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial...”

En Venezuela este principio encuentra su fundamentación legal en la exposición de LSMDFE (2001) donde se establece expresamente por el legislador venezolano, que dicha ley no pretende alterar el funcionamiento de los negocios jurídicos sino otorgar validez a los mensajes de datos. En torno a la consagración de este Principio de No Alteración del Derecho Existente, a nivel internacional la Directiva Sobre Comercio Electrónico ha emitido los Considerando N° 17 sobre firma electrónica donde establece lo siguiente según Rico (2005, 71):

Las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica, deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales, en materia de celebración del contrato ni para las normas que determinen el lugar en que se considera celebrado el contrato.

Principio de neutralidad tecnológica

La neutralidad tecnológica implica no favorecer unas tecnologías sobre otras ya que los estándares en esta materia deben ser impuestos por el mercado y no por la ley. Favorecer en un cuerpo legal una tecnología sobre otras es incorrecto, discriminatorio y por sobre todo, un error de técnica legislativa. Hacerlo implicaría la pronta obsolescencia de la Ley haciendo inútil el esfuerzo y el tiempo dedicado a su creación y aprobación así como la salida de Venezuela del mercado electrónico.

Igualmente, ante los constantes y rápidos cambios tecnológicos quedó expresamente previsto que estas normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, siempre orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Este principio implica la adecuación de la legislación positiva en un Estado determinado a la regulación de la contratación electrónica con la mayor neutralidad posible tanto en el presente, como en el futuro, en consecuencia ,las normas que en torno a la regulación electrónica un Estado adopte deben ser abstractas ,susceptibles de ser aplicadas evitándose en lo posible su modificación, implica reconocer en palabras de Illescas (2001, 49): “...la aptitud de las nuevas normas disciplinarias del C-E para abarcar con sus reglas no solo la tecnología existente en el momento en que se formulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a

modificación...”. Es importante tomar en cuenta que este principio forma una especie de transición que evita en lo posible un impacto en la legislación de los Estados y en los particulares.

Es de destacar que este principio no es propio del comercio electrónico, en el campo de la tecnología es imperante la redacción de normas suficientemente amplias de modo que se puedan incluir tecnologías actuales y futuras. Respecto de este principio nos dice Rico (2005, 69):

...se basa en el respeto al uso de cualquier tecnología que se utilice o pueda usarse en el futuro a efectos de transmitir un mensaje de datos o insertar una firma electrónica, por tanto implica no favorecer unas tecnologías sobre otras con la finalidad de evitar posibles obsolescencias legales...

Este principio es uno de los que más problemas acarrea en el ámbito del comercio electrónico por la dificultad de redactar normas que resulten absolutamente neutras tecnológicamente, ya que el contenido y la estructura de las normas reguladoras, sobre todo en materia de firma electrónica, siguen el esquema de la infraestructura de clave pública, basada en el uso de la criptografía asimétrica.

Principio de libertad contractual

Este principio es un derivado directo del Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes y del Principio de No Alteración del Derecho Preexistente, su función es establecer el respeto a la voluntad contractual de

las partes en las contrataciones electrónicas, permitiéndoles ser ellas mismas quienes resuelvan las reglas y las formas en lo referente a las que someten la contratación electrónica que inician de forma voluntaria, exceptuándose de aplicación en principio las leyes que regulen la contratación electrónica.

Las leyes que regulan la contratación electrónica de forma complementaria y supletoria, según Rico (2005, 73): "...implica dos cosas, por una parte, la elección del medio empleado en las negociaciones y por la otra, la libertad para incluir las cláusulas o convenios que consideren necesarios a efectos de regir sus relaciones...".Fundamentado en la autonomía de la voluntad de las partes, el principio de libertad contractual se encuentra consagrado en el texto de la Exposición de Motivos de la LSMDFE (2001) al permitir a las partes convenir las forma de realizar sus transacciones y decidir si acuerdan o no adoptar los procedimientos electrónicos para celebrar sus .Por lo tanto el principio de libertad contractual implica dos cosas, por una parte la elección del medio empleado en las negociaciones y por la otra, la libertad para incluirlas cláusulas o convenios.

Principio de buena fe

Según la doctrina venezolana, la buena fe comprende al menos dos nociones distintas, la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. Desde un punto de vista subjetivo, la buena fe alude a la actitud que asumen aquellas

personas que se encuentran bajo la convicción de que su actuación es conforme a las exigencias de la moral y del Derecho, independientemente de los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico atribuye a tal actuación. Desde un punto de vista objetivo, la buena fe alude a un patrón de conducta, según el cual, las personas deben proceder de forma leal y honesta en sus tratos con los demás, y que se traduce, en materia contractual, en el deber de las partes de cooperar con lealtad entre ellas a los fines de asegurarse el logro de sus expectativas legítimas. En este sentido, este patrón de conducta que constituye la buena fe objetiva debe presidir no sólo la ejecución del contrato sino también su formación y su interpretación.

El Código Civil reconoce el mencionado principio en numerosas ocasiones en materia contractual. En su acepción objetiva, el principio de buena fe se encuentra reconocido en el artículo 1.160, como un deber impuesto a las partes en la ejecución de los contratos. Lo reconoce igualmente en el artículo 1.148, al representar un elemento que debe tomar en cuenta el juez a la hora de determinar el carácter cognoscible de la esencialidad del elemento sobre el que recae el error susceptible de constituir un vicio del consentimiento; lo reconoce igualmente en el artículo 1.185, como un criterio para determinar la configuración del abuso de derecho; y lo encontramos en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano, cuando se establece como un criterio que debe guiar al juez en la interpretación de los contratos.

En su acepción subjetiva, el principio de buena fe se encuentra reconocido en el Código Civil, entre otros: por el artículo 1.285, el cual determina la validez del pago realizado por quien no es propietario cuando el acreedor consume la cosa de buen fe; en el artículo 1.287, el cual determina la validez del pago hecho al poseedor del título cuando es hecho de buena fe; en el artículo 1.139, el cual determina el derecho obtener el reembolso de los gastos realizados en favor de aquéllos que, con motivo de oferta pública, de buena fe y antes de que sea publicada su revocación, han comenzado a ejecutar la prestación del contrato ofertado; en el artículo 794 y 1.162, al tener como propietario al poseedor de buena fe de bienes muebles; en el artículo 1.523, al exonerar de responsabilidad al vendedor que ignoraba los vicios ocultos de las cosa dada en venta.

Es de fundamental importancia la aplicación de este principio en la formación de los contratos celebrados electrónicamente primero por lo innovador de la contratación electrónica y segundo en palabras de Rico (2005, 72): "...debido al desconocimiento en el uso y funcionamiento de esta nueva forma de comerciar..." Este principio no es más que consecuencia del principio de la no alteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, donde priva la buena fe.

Este principio guarda estrecha relación con el Principio de No Modificación del Derecho Existente en palabras de Rico (2005, 72): "...no es más que consecuencia del principio de la no alteración del Derecho

preexistente de obligaciones y contratos, donde priva la buena fe en la interpretación de los acuerdos contractuales...” Es por ello que la tradicional buena fe aplicada a los contratos con soporte en papel debe presumirse en los contratos celebrados electrónicamente, aun y cuando esto no exceptuó a los contratos electrónicos de los vicios a los cuales se encuentran expuestos los contratos con soporte en papel (error, vicio y dolo) en las actuaciones de las partes que intervienen en la contratación, ya que ante el desconocimiento y la desconfianza generada en el medio por su reciente aparición y complejidad técnica.

CAPÍTULO II

EFICACIA Y VALIDEZ PROBATORIA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Las pruebas en el proceso civil venezolano

A diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, que atañen sólo a determinada rama del Derecho, la noción de prueba no solo tiene relación con todos los sectores del Derecho, sino que trasciende el campo general de éste para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano e, inclusive, a la vida práctica cotidiana. Se la puede concebir como la razón o argumento mediante el cual se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho. Siendo que la fase probatoria es de suma importancia en el proceso civil, ya que de nada sirve alegar algo, si posteriormente no se procede a probarlo.

Definición, objeto y tema de la prueba

La prueba como ha sido definida por la doctrina en múltiples estudios y tratados, tanto en derecho comparado como en el ordenamiento jurídico venezolano de allí pues que la misma ha sido definida a lo largo de la historia y a lo cual coinciden los autores como un conjunto de normas jurídicas que

utiliza el juez a la hora de arribar a su fallo definitivo, en las cuales se sustenta, basa y fundamenta.

Sin embargo el concepto de prueba ha sido uno de los más discutidos a lo largo de la historia por los doctrinarios, de allí pues que a la luz de la doctrina procesal se encuentran diversas definiciones, entre ellas se tienen:

Couture (citado por Rengel, 1995, 414), en su tratado Vocabulario jurídico Voz, ofrece varias acepciones del término prueba; en primer lugar como “todo aquello que sirve para averiguar un hecho”; en segundo término como “forma de verificación de la exactitud o error de una proposición” en tercer lugar como un “conjunto de actuaciones realizadas en juicio con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de las manifestaciones formuladas en el mismo” y por último como “Medios de evidencia (documentos, testigos, entre otros) que crean al Juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en juicio.”

Dellepiane (citado por Rengel, 1995, 413), ofrece varias acepciones de la definición de prueba, por un define a la prueba como un medio es decir “para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el Juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso”; de igual modo también la define como una acción probatoria, es decir un hacer, “como cuando se dice que el actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados” e igualmente define la prueba como un fenómeno psicológico, “o estado de espíritu provocado en el Juez por los elementos de

juicio aportados por las partes o sea, como la convicción o la certeza acerca de ciertos hechos trascendentales para la decisión del juez”.

Sin embargo a la luz de la doctrina y con su evolución se ha determinado que todos estos aspectos tienen que ver con la actividad probatoria, mas no con la prueba en sí misma, por lo que a la luz de autores como Rengel (1994, 219) la prueba puede definirse como “la actividad de las partes dirigida a crear en el Juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos, alegados en la demanda o en la contestación”

Couture (1972, 215), define la prueba como “la acción y el efecto de probar; y demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”. En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas; un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio.

En este sentido, Montero (1998, 205) concluye que la prueba es “la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso o a fijarlos conforme a una norma legal”.

Según, Carnelutti (citado por Bello 2002, 22), “La prueba es aquella que no sirve para el conocimiento del hecho, sino como la certeza o convicción que aquella proporciona, siendo en sentido amplio, un equivalente sensible

del hecho que habrá de valorarse”. Es decir, son todos aquellos elementos suficientes capaces de llevar al ánimo del juez, la convicción necesaria que le permite plasmar en su sentencia la exacta realidad de los hechos.

Por su parte, Bello (2002, 26), define la prueba, como:

La razón o argumento tendiente a demostrar la verdad o falsedad de los hechos sobre los cuales se litiga en el proceso. En consecuencia, la prueba es la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso o a fijarlos conforme a una norma legal.

Según Goldschmidt (citado por Bello 2002, 19), la prueba “Son actos de parte, dado que su ofrecimiento no es otra cosa que la gestión de una de ellas o ambas para lograr la certeza de un hecho concreto, mediante el uso de determinado medio de prueba”.

Para Devis (1995, 825) se entiende como pruebas judiciales “El conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.

Dentro de esta fase definitoria de la prueba, no se puede dejar de estudiar la noción de prueba según la óptica de Carnelutti (1971, 331), quien señala:

La prueba es, por tanto, una cosa que se utiliza cada día en las más variadas contingencias de la vida. En particular debemos servirnos de ella cada día en la vida del derecho. Basta con observar que el derecho actúa por medio de pretensiones, que aun antes o sin que se origine de ellas un litigio exigen de continuo una verificación de su valor, después cuando el conflicto

degenera en litigio y para la composición de este se forma el proceso, también es necesario verificar la pretensión. Hay un tipo de proceso, el proceso de conocimiento que, en sustancia, no se propone otro objeto que esta verificación, pero también en el proceso ejecutivo es necesaria una verificación y por eso se utilizan las pruebas, estas son así un instrumento elemental, no tanto del proceso cuanto del derecho y no tanto del proceso de conocimiento cuanto del proceso en general, sin ellas el derecho no podría, en el noventa y nueve por ciento de las veces, conseguir su objeto.

Según Carnelutti (1971, 331) la prueba no es más que “el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos” y para Vishinski (citado por Devis, 1995, 812), cuya definición es más sencilla aún, la prueba es el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas.

De todo lo anterior, concluye Devis (1995, 826), que la materia probatoria, contempla dos aspectos de la prueba para fines procesales, lo cual es objeto de esta materia, en primer término el de la forma o procedimiento, lo que incluye su admisibilidad, su oportunidad, sus requisitos y su práctica y el fondo que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados el proceso y que constituye una verdad de ciencia de la prueba, independientemente de las reglas de procedimiento.

Autores como Chiovenda (1997, 441) al definir la prueba lo hacen desde varias ópticas, es decir, desde la prueba ad inicio del proceso, hasta constituirse la prueba como una verdad definitiva establecida por el Estado, esta interesante definición la efectúa de la siguiente forma:

Probar significa convencer al Juez de la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso. Por sí, la prueba de la verdad de los hechos no conoce límites; pero la prueba en el proceso, a diferencia de la prueba puramente lógica o científica, experimenta una primera limitación por la necesidad social de que el proceso tenga un término; una vez que la sentencia es firme, la investigación sobre los hechos de la causa queda definitivamente cerrada, y desde ese momento el derecho no vuelve a ocuparse de si los hechos estimados por el Juez corresponden o no a la realidad de las cosas. Queda entonces la sentencia como afirmación de la voluntad del Estado, sin que nada pueda afectar ya a su valor el elemento lógico de que es resultado. Mientras pende el proceso, en cambio, hasta que se llega a producir esa afirmación de la voluntad del Estado, el elemento lógico conserva el máximo valor.

Para Rocha (1963, citado por Montero, 1998, 45) por derecho probatorio se entiende:

... una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero que comprende en general la verificación social de hechos, es decir la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal, es en el derecho probatorio donde puede separarse la parte procesal o sustancial de esta rama del derecho, no en las pruebas judiciales, porque la denominación misma incluye la posibilidad de negarles un carácter puramente procesal.

En base a esta definición se puede diferenciar claramente la prueba del derecho probatorio, siendo la primera de estas el instrumento y la segunda el vehículo de carga que lo traslada hasta el lugar de arribo.

Dentro de este contexto, es menester señalar las diferencias entre la prueba penal y la prueba civil. En primer lugar, cabe precisar que la teoría general de la prueba no hace distinción alguna entre la prueba penal, civil, administrativa u otra más, dado que los principios básicos son aplicables a

todas. Tanto así que ni siquiera hace distinción entre la prueba judicial y la no judicial, dado que sus fundamentos son aplicables a cualquier ciencia.

La prueba adquiere categoría judicial cuando es tomada en cuenta dentro de un proceso, sea éste civil, penal u otro. Si se considera que la prueba en general lo que persigue es llegar a la verdad, mal se puede hablar de verdad real y de verdad formal. Pues, la prueba tiene por objeto llevar al Juez al convencimiento de la existencia o inexistencia de un hecho; es decir, crear certeza. La misma que no necesariamente puede coincidir con la realidad.

Sin embargo, se puede decir que en el proceso civil, el Juez tiene que elegir entre dos versiones distintas u opuestas ofrecidas por las partes, para lo cual se ve obligado a verificar y confrontar sus afirmaciones y pruebas. Y en otro caso, al Juez le bastará con la apreciación del derecho para declararlo y esclarecer una incertidumbre jurídica. Aquí el Juez muestra una actitud pasiva. En el proceso penal, al Juez le incumbe establecer los hechos, por lo que su rol es activo. En el proceso penal las partes no reconstruyen el hecho, es el Juez quien debe reconstruirlo y en base a ello discutir y resolver.

La diferencia entre la prueba penal y la prueba civil ha constituido hasta la actualidad una discusión doctrinaria. De tal manera, se puede citar a Carnelutti (1971), que manifiesta que el derecho procesal es único y que el proceso penal y el proceso civil se distinguen (no porque tengan diversas

raíces sino porque son dos grandes ramas que se separan a una buena altura de un tronco común, y que, en consecuencia, existen unidad sustancial de ambas clases de pruebas y si bien se advierten diferencias en cuanto a la manera de operar de la prueba en el proceso penal con relación al proceso civil, ello no afecta la estructura y función de la prueba misma, como son la forma en que el Juez se sirve de la prueba, la forma de búsqueda, su inspección, su valoración, entre otros.

En cambio, Florián (1995, citado por Acosta, 2003) señala que existe una sustancial diferencia entre la prueba civil y la penal, y que poco o nada existe para la prueba penal de cuanto se ha descrito en torno a la prueba civil.

Sistema de valoración de la prueba

El sistema procesal venezolano permite la libertad probatoria, es decir que no limita en lo absoluto la actividad probatoria de las partes para lograr sus pretensiones, no es menos cierto que la norma procesal remite al sistema de libre valoración de la prueba. Este sistema de valoración tiene varias denominaciones, tales como sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema del jurado y de los fallos en conciencia por jueces profesionales. Sin embargo Couture (1972, 54) habla de tres sistemas: pruebas legales (o tarifa legal), sana crítica (o apreciación

razonada) y libre convicción; el segundo consistiría en la remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez; el último en la remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales de los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia.

Sin embargo para Devis (1995, 815), solamente existen dos sistemas de valoración de la prueba, a saber: la tarifa legal y la libre apreciación del Juez, señalando en este sentido el autor:

... que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la Psicológica, la sana crítica y no arbitraria, requisitos que no es necesario exigirlos expresamente ... que en ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo para cumplir los requisitos de publicidad y contradicción que forman parte del principio constitucional del debido proceso y del derecho de defensa ... que el sistema de la libre apreciación presenta algunas modalidades cuando los encargados de juzgar son los llamados jurados de conciencia, en cuanto están eximidos de motivar la decisión y suelen ser personas de escasa cultura, especialmente en psicología, lógica y derecho, aunque sin embargo en algunos países, como Colombia, el juez de la causa tiene cierto control sobre sus decisiones, ya que puede rechazar el veredicto declarándolo contrario a la evidencia, a lo menos por una vez.

El autor Peñaranda (2008, 62) expresa que:

... se resalta de cualquier medio probatorio es válido y conducente para acreditar los hechos afirmados por la ley. A esta libertad de pruebas es a lo que los doctrinarios han llamado la libertad de medios probatorios, lo cual permite a las partes acreditar sus alegatos mediante cualquier medio probatorio pertinente enumerado o no en la ley, siempre y cuando se circunscriba al criterio de la pertinencia y conducencia o utilidad del medio de prueba propuesto.

Es este sentido es acertado el autor cuando señala que para demostrar algún hecho ocurrido en internet, se podrá utilizar todos los medios de prueba pertinentes, medio de prueba (legal) libre siempre que contribuya a formal el convencimiento del juez y haya sido obtenido en forma lícita.

En este sentido Devis (1995, 831), señala que:

... la libre apreciación no es la libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores. Esta es una equivocada concepción del sistema. Por el contrario, tiene bases reales y objetivas como son los principios de la experiencia, la psicología, la lógica, que sin vincularlos previamente, lo cual excluiría toda apreciación personal, si los puede guiar en forma acertada, la exigencia de las motivaciones y la revisión por el superior otorgan suficientes garantías. Además es en la preparación y la honestidad de los jueces no en el sistema, donde debe buscarse la garantía contra la arbitrariedad, como se dijo, pues justicia mala y conclusiones erradas o parciales sobre el elemento probatorio son frecuentes bajo el imperio de la tarifa legal.

Rengel (1995, 23), a este respecto, manifiesta que ya se ha visto al tratar de la legalidad y libertad de los medios de prueba que la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la admisión de las llamadas pruebas atípicas, o innominadas, no contempladas expresamente en la ley, siempre que las mismas no estén en contraste con aquellas normas constitucionales que garantizan el control o fiscalización de la prueba; porque como afirma Cappelletti, sería verdaderamente inoportuno encerrar en la rígida armadura de una ley, que desde el punto de vista de los instrumentos científicos resultara siempre rápidamente envejecida, la disciplina de las pruebas.

Valor probatorio del contrato electrónico

Cabe mencionar, que según Fernández (2000, citado por Acosta, 2003), todos los negocios que no sean capaces de evolucionar y adoptar este sistema de comercialización, no podrán permanecer en el medio y serán destruidos por la enorme competencia. Es necesario considerar que el comercio electrónico es una excelente herramienta de apoyo, pero no como único medio de hacer negocios.

En la perspectiva de Fabré (2000, citado por Acosta, 2003), el comercio electrónico es parte fundamental de la revolución digital. Los negocios empezaron a usar el Internet hace aproximadamente dos años para las transacciones comerciales con sus compañeros comerciales. Los usuarios temprano ya informan las mejoras de productividad significantes de usar las redes electrónicas para crear, comprar, distribuir, vender productos de servicio.

Una vez acotado el concepto, interesa centrarse en una cuestión previa esencial, como es la admisión de este tipo de contratos a la luz del ordenamiento jurídico vigente. En esta materia han de diferenciarse dos planos los cuales pueden ser abordados: a) La validez del empleo de tales medios en la contratación actual, y la existencia y eficacia teórica del contrato concluido a través de ellos. b) La prueba de la existencia de dicho contrato,

teniendo en cuenta ciertas limitaciones que presentan algunos de estos instrumentos.

Para Menéndez (2005, 176), la validez del empleo de todos estos medios en el fenómeno contractual, y en particular en la conclusión del contrato deriva directamente de la correcta interpretación de dos de las vertientes de la libertad contractual. En particular, la libertad de conclusión del contrato (artículo 1.254 Código Civil) y la libertad de forma (artículo 1.278 Código Civil) principios aplicables tanto a los contratos civiles como a los mercantiles (artículo 50 Código de Comercio).

Lo primero a tener en cuenta es que no existe un único medio válido para probar un contrato, sino que, al contrario, se puede recurrir a distintos mecanismos, aunque, claro está, ellos no tienen el mismo valor probatorio. Por ejemplo, no es lo mismo una escritura pública que un documento privado, como tampoco es lo mismo una confesión judicial de la contraparte que la declaración de un testigo. Todos ellos son medios de prueba válidos para justificar un contrato, pero no todos tienen la misma eficacia a la hora de recurrir a los tribunales en caso de disputa.

Si se hace referencia a los instrumentos o documentos privados, se presenta una particularidad que nos va a dar el hilo conductor para determinar el valor probatorio del correo electrónico. En efecto, tanto el Código Civil como el Código de Comercio establecen una diferencia según el documento esté o no firmado por las partes. Es más, si se guarda cierto

apego a la rigurosidad lingüística y técnica, se debería reservar el término “instrumento o documento privado” para aquéllos que están firmados, ya que el Código Civil dispone que “la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada” y el Código de Comercio establece que los contratos pueden justificarse “por documentos privados, firmados por los contratantes”.

Más allá de esas cuestiones técnicas, lo importante es dejar en claro que los documentos firmados y los no firmados tienen algo en común y algo que los diferencia a la hora de probar un contrato.

Lo que los identifica es el hecho de que ambos implican una manifestación o exteriorización de la voluntad de las partes de celebrar el acuerdo y aceptar las cláusulas o términos contractuales, y esto no es menor porque una voluntad que no se exterioriza de alguna forma tangible no tiene existencia legal. No obstante, los diferencia, precisamente, el hecho de tener o no estampada la firma de las partes, y esta divergencia impacta en el valor que tienen a la hora de probar el contrato.

La consideración general es la de otorgar validez los documentos electrónicos, por lo que en lo que respecta a las compraventas por Internet, todos los actos que determinen este contrato, poseerán validez jurídica, sin importar su condición digital. Un contrato electrónico es simplemente aquél que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico; esto es, una nueva modalidad para la formación del consentimiento y por ello tanto a

nivel mundial como en el país venezolano se debe considerar válidos a dichos contratos.

La firma como requisito.

Planiol y Ripert (1996), definen a la firma como una inscripción manuscrita que indica el nombre de una persona que entiende hacer suyas las declaraciones del acto.

La importancia de la presencia de la firma en un documento es la afirmación de individualidad del suscriptor, pero sobre todo de voluntariedad. Por lo que la firma indica que ha sido el autor del documento y no otra la que lo ha suscrito. Y además, a través de ésta se acepta y sustenta lo que se manifiesta en el documento.

Es decir, que la firma crea el vínculo que une al autor con la declaración de voluntad, a través de la cual se narran hechos y derechos, individualizando al autor y estampando el sello de auténtico y cierto de dichas declaraciones y pretensiones. En este mismo sentido se ha pronunciado el autor Jiménez (2000), cuando dice que la firma es como el testimonio de la voluntad de la parte; es el sello de la verdad del acto; es la que establece la individualización de las partes.

Es por estas razones que la firma otorga la veracidad y certeza de la manifestación de voluntad de las partes, otorgándole estabilidad y credibilidad a las transacciones y actos jurídicos.

El legislador venezolano le ha dado también este sentido e importancia a la firma. Es así como el artículo 1.358 del Código Civil determina: “El instrumento que no tiene la fuerza de público por incompetencia del funcionario o por defecto de forma, es válido como instrumento privado, cuando ha sido firmado por las partes”. En este artículo se manifiesta la necesidad de la existencia de la firma.

Además, la importancia de la firma en la legislación venezolana se puede extraer igualmente en los artículos 1.365 y 1.368 eiusdem, así el artículo 1.365, dispone: “Cuando la parte niega su firma o cuando sus herederos o causahabientes declaran no conocerla, se procederá a la comprobación del instrumento como se establece en el Código de Procedimiento Civil”.

Por otra parte, según el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil:

Negada la firma o declarado por los herederos o causahabientes no conocerla, toca a la parte que produjo el instrumento probar su autenticidad. A este efecto, puede promover la prueba de cotejo, y la de testigos, cuando no fuere posible hacer cotejo...

De manera que, la legislación venezolana le otorga el sentido de trascendencia a la firma, porque como se ha mencionado, le da certeza, credibilidad y autoría al documento, y al ser desconocidas, entonces esa

certeza, credibilidad y autoría quedan en entredicho, y hay entonces que probar que en realidad son originales, procediendo como lo dispone el artículo 445 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Es por esto que, si el documento, y en este caso el escrito de demanda, no está firmado, no se crea ni siquiera esa certeza, credibilidad, autoría, ni individualización de la parte actora.

El artículo 1.368 del Código Civil, también colabora con el significado de la importancia de la firma:

El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además, debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquellos en que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero.

Si el otorgante no supiere o no pudiese firmar, y se tratare de obligaciones para cuya prueba se admiten testigos, el instrumentos deberá estar suscrito por persona mayor de edad que firme a ruego de aquél, y, además por dos testigos.

Con lo cual queda demostrada la necesidad de la presencia de la firma.

Firma digital

En la actualidad la firma manuscrita permite certificar el reconocimiento, la conformidad y/o el acuerdo de voluntades sobre un documento por las partes firmantes que forman parte de la transacción, lo que trae consecuencias legales claras y reconocimiento jurídico al instante. Ahora bien cuando observamos las transacciones que se realizan a través de las

redes de información la situación varía en gran magnitud, porque en este tipo de contratos electrónicos la firma manuscrita no puede ser insertada en el documento.

De esta forma, es que en materia digital se ha suplantado la llamada firma manuscrita por la llamada firma digital. La firma manuscrita tiene un reconocimiento legal alto, a pesar de que pueda ser falsificada, pero la firma manuscrita tiene peculiaridades que la hacen fácil de realizar, de comprobar y vincular a quién la realiza, porque la verdadera firma manuscrita sólo puede ser realizada por una persona y puede ser comprobada por cualquiera con la ayuda de una muestra.

En materia de firma digital, para intentar conseguir los mismos efectos legales que la firma manuscrita, se requiere el uso de la criptología y el empleo de algoritmos matemáticos. Por lo tanto, se hace necesario un entorno seguro en relación con la autenticación digital.

En la práctica existen varios métodos para firmar documentos digitalmente, que van desde muy sencillo como el hecho de insertar la imagen escaneada de una firma manuscrita en un documento, lo que no permite otorgarle validez jurídica a la firma. Sin embargo, existen otros métodos muy avanzados como la firma digital que utiliza la criptografía de clave pública, que logra darle validez jurídica al documento y a la firma.

El fin que persigue la firma digital es el mismo que el de la firma ológrafa, es decir, dar asentimiento y compromiso con el documento firmado,

lo que trae como consecuencia positiva facilitar la autenticación a distancia entre partes que no necesariamente se conocen, proveyendo seguridad y confianza en las redes abiertas, constituyendo de esta forma la clave para el desarrollo del comercio electrónico en Internet.

El artículo 2 del Decreto con Fuerza Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela (2001), define la firma electrónica de la siguiente manera: “A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por: ...Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el Signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado...”

Por lo tanto, la Firma digital constituye una tecnología que consiste en la utilización de un método de encriptación llamado asimétrico o de clave pública. Éste método se refiere a la creación de una clave pública y otra privada asociadas a un sujeto.

La clave pública es conocida por todos los sujetos intervinientes en el sector, pero la privada, sólo conocida por el sujeto en cuestión. Esta es la forma ideada para establecer una comunicación segura, de manera que el mensaje se encripta con la clave pública del sujeto para que a su recepción sólo el sujeto que posee la clave privada pueda leerlo. Entonces para firmar un documento digital, su autor utiliza su propia clave secreta (sistema criptográfico asimétrico), a la que sólo él tiene acceso, lo cual impide que pueda después negar su autoría (no revocación).

La firma en definitiva es un bloque de caracteres que acompaña a un documento acreditando el autor del mismo (autenticación), además de que asegura la integridad del documento evitando cualquier manipulación posterior de los datos. A través de la firma digital el autor queda vinculado al documento de la firma. La validez de la firma digital podrá ser comprobada por cualquier persona que disponga de la clave pública del autor.

El funcionamiento en sí de la firma digital consiste en que el software del firmante aplica un algoritmo hash sobre el texto a firmar, que es un algoritmo matemático unidireccional, de manera que al encriptarse no se puede descifrar. En el caso de haber un mínimo cambio en el mensaje, trae como consecuencia un extracto completamente diferente al que originalmente firmó el autor.

El extracto conseguido se somete a cifrado mediante la clave secreta del autor. El algoritmo más utilizado en la encriptación asimétrica es el RSA, lo cual da como resultado un extracto final cifrado con la clave privada del autor que se añadirá al final del texto o mensaje para que se pueda verificar la autoría e integridad del documento, por la persona que tenga la clave pública del autor, pudiendo comprobarse que la firma es válida.

El software del receptor previa introducción en el mismo de la clave pública del emisor, descifrará el extracto cifrado del autor, calculando el extracto hash que le correspondería al texto del mensaje, y si hay coincidencia con el extracto anteriormente descifrado se consideraría válida,

de lo contrario se considera que el documento ha sufrido una modificación posterior y por tanto no sería válido.

Todo este procedimiento se garantiza a través de una autoridad de certificación (CA Certification Authority), certificando e identificando a una persona con una determinada clave pública. Lo cual se logra por la emisión de certificados de claves públicas firmando con su clave secreta un documento, que sólo es válido por un período de tiempo determinado, asociándose el nombre de un usuario con su clave pública.

En cuanto a los ámbitos de Utilización de la Firma Digital, entre otras, se podría utilizar la firma digital para las siguientes actividades:

- Firmar solicitudes que puedan ser enviadas o recogidas desde Internet.
- Envío de mensajes con cualquier contenido, y con la seguridad que sólo el receptor del mismo lo podrá leer, evitando que terceras personas puedan tener acceso y poderlo leer, aunque el mensaje sea interceptado.
- Realización de pagos a través de las cuentas bancarias por medio de internet.
- Compras por Internet con tarjeta de crédito, con la seguridad que el número de la misma no podrá ser utilizado por terceras personas.
- Envío de oficios, notificaciones, citaciones, entre otras cosas, por parte de los órganos jurisdiccionales.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ELECTRÓNICAMENTE

Elementos del derecho de la contratación electrónica

En cuanto a la esencia del contrato el destacado jurista venezolano Maduro (2007) señala que el contrato es el instrumento por excelencia para que en hombre en sociedad pueda satisfacer sus necesidades. Siendo esta la finalidad esencial de esta institución es lógico inferir que satisfacción de tales necesidades debe adaptarse a los distintos avances tecnológicos que le hagan la vida más sencilla. Esta es nuestra primera aproximación a la validez del contrato electrónico con o sin la existencia previa de una ley que le conceda expresa eficacia.

La norma rectora de la contratación en el ordenamiento jurídico venezolano, como se dijo antes, es artículo 1.133 del Código Civil que establece que "el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico". De esta norma no puede inferirse de forma alguna que el documento electrónico incumpla las finalidades allí señaladas. La amplitud de la norma cuya finalidad evidente es la de buscar siempre la validez del contrato no deja duda en cuanto a que la contratación por medios

electrónicos, informáticos o vía Internet es válida sin necesidad de una ley previa que los admita o reconozca validez en forma expresa. El punto que queda por dilucidar es entonces como se incorporan en el formato electrónico los elementos del contrato.

El artículo 1.141 del Código Civil señala que "las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1° Consentimiento de las partes; 2° Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3° Causa lícita".

Nuevamente, la amplitud de la norma evidencia que no hay necesidad de una Ley previa que permita el cumplimiento de estos requisitos fundamentales por vía electrónica.

Estos elementos esenciales del contrato, así como lo relativo a las fases de la contratación no presentan diferencias de fondo por el hecho de la contratación se realice por vía electrónica. Las diferencias fundamentales entre la contratación tradicional y la electrónica se da por el medio a través del cual se manifiestan y no son en forma alguna de naturaleza.

El objeto y la causa del contrato no presentan variaciones de fondo por el hecho de que la contratación se realice en formato electrónico, por esto los tocaremos primero en forma breve para luego profundizar en la manifestación del consentimiento, elemento más delicado en la contratación, electrónica o no.

El objeto

El objeto del contrato es la prestación, actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en beneficio de su acreedor. Pueden ser prestaciones o conductas de dar, de hacer o de no hacer, de medio o de resultado, puede consistir en la realización de una actividad o en la transmisión de un derecho. Según el artículo 1.155 del Código Civil el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable.

El objeto no representa diferencia alguna en un contrato electrónico. El objeto del contrato o convención electrónica debe cumplir las mismas condiciones establecidas en el señalado artículo 1.155 para su validez.

La causa

La causa es la razón por la cual se ha realizado un contrato; el fin inmediato perseguido con la obligación contraída. Es un elemento subjetivo muy discutido por la doctrina en el cual no profundizaremos.

El Código Civil hace breves referencias a la causa de los contratos. El artículo 1.157 señala que la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto y que la causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público. El artículo

1.158 señala que el contrato es válido aunque la causa no se exprese y que la causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.

Se evidencia que la causa como elemento esencial de validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que éste se celebre por vía electrónica.

El consentimiento

Es el fundamental y más delicado de los elementos de un contrato cualquiera sea su tipo, naturaleza o forma de perfeccionarse. El consentimiento es la manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre que expresa el acuerdo de un sujeto de derecho respecto de un acto externo propio o ajeno.

La ley venezolana no presenta limitaciones en cuanto a la forma o medio de manifestación del consentimiento. Este puede manifestarse verbalmente, por escrito, por señales de humo, por sonido de tambores o por vía electrónica. La forma por excelencia de manifestar el consentimiento por vía electrónica es a través de un mensaje de datos.

Por eso el uso de la informática como medio de expresión para la comunicación entre las personas es un medio válido para manifestar la voluntad y por tanto, un medio válido para contraer derechos y obligaciones, con o sin ley especial o general que lo admita o reconozca como tal.

La forma por excelencia para identificarse electrónicamente son las firmas electrónicas. El régimen establecido en la Ley para las firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y solo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alterno

Cabe señalar que la ley especial busca siempre la validez del contrato electrónico por ello establece que sus normas deben ser desarrolladas e interpretadas orientadas a siempre reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de datos y Firmas Electrónicas.

Legislación aplicable a las etapas de formación de los contratos mercantiles celebrados a través de Internet

En materia de contratos priva el Principio de la Autonomía de Voluntad, considerado como aquel que reconoce la libertad que tienen las partes para escoger el conjunto de normas que quieren aplicar a su relación jurídica." La declaración de voluntad forma parte del concepto de negocio jurídico y coinciden cuando el acto de auto configuración de una relación jurídica, estructurado por el ordenamiento jurídico, solamente consiste en la manifestación de la autodeterminación de una persona, es decir, sólo consta de una declaración de voluntad.

La configuración de relaciones jurídicas; por regla general, necesita la colaboración de varias personas. La unión de las declaraciones de voluntad de los contratantes produce el negocio jurídico del contrato. Por ejemplo, en la compraventa existen las declaraciones de voluntad del comprador y del vendedor.

En el ámbito de la contratación, impera el principio de la autonomía de la voluntad, donde las partes pueden establecer lo que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público; los contratantes quedarán comprometidos; y podrán hacerlo en la forma y términos en que convengan. El Código Civil, en su artículo 1.159 consagra de acuerdo al principio de fuerza vinculatoria lo siguiente: "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley".

En el comercio electrónico, la celebración de un contrato electrónico se regula por la existencia de las reglas generales establecidas para todos los contratos. En consecuencia, al igual que en un negocio jurídico tradicional, un negocio jurídico electrónico debe contener los elementos existenciales establecidos en el artículo 1.141 del Código Civil Venezolano (1982), los cuales son: consentimiento (voluntad de las partes), objeto y causa.

Las etapas o fases que pueden ser objeto de distinción en la formación de los contratos mercantiles por medios electrónicos, son las siguientes:

1. Etapa de Precontrato: En esta fase se encuentra toda la actividad que desarrollan los contratantes para el estudio de las posibilidades de la contratación. El futuro aceptante examina detalladamente las condiciones de la oferta, igualmente las partes deben acordar que el contrato final será perfeccionado por medios electrónicos,

2. Etapa de Perfeccionamiento: Dos aspectos relacionados con el contrato deben ser determinados en esta fase de perfeccionamiento, el dónde o el lugar en que se entiende perfeccionado el contrato y el cuándo o en qué momento se entiende que el contrato ha sido perfeccionado.

Al respecto Armas (2003, 170), señala que: "El tema del lugar donde se perfecciona el contrato tiene gran relevancia en el caso de existir disconformidad con lo establecido en el acuerdo de voluntades, para determinar la ley aplicable."; esto es así porque en el caso de existir acuerdo entre las partes, acerca de la ley aplicable, la legislación escogida deberá ser aplicada en caso de conflicto. Si no hay regulación específica sobre el tema para la determinación del lugar donde se perfeccionó el contrato, en el caso de contratación electrónica, se debe concluir que el contrato se ha celebrado en el lugar donde se hizo la oferta.

En este orden de ideas, puede señalarse que el contrato quedará perfeccionado al realizarlo por medios electrónicos y de acuerdo con lo especificado en el Código Civil venezolano, cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente.

3. Etapa de Conclusión: Una vez perfeccionado el contrato por haber coincidido oferta y aceptación, se llega a la fase de consumación del mismo. Se debe señalar que los contratos, cualquiera que sea el medio que se haya utilizado para su perfeccionamiento, son obligatorios entre las partes, y las obligaciones que nacen de los mismos, tienen fuerza de ley entre los contratantes. Esta obligatoriedad deriva del principio de la voluntad de las partes, independientemente del medio utilizado para expresarla.

La diferencia fundamental radica, en la forma de perfeccionar los contratos contentivos de los negocios jurídicos concluidos a través de un medio tan innovador como Internet.

En todo negocio jurídico, necesariamente existe un intercambio de voluntades celebrado entre las partes que en él se vinculan. Las partes en un contrato están constituidas por dos o más sujetos cuyos intereses son contrapuestos entre sí; Melich, (1993, 65) define parte como: "Un interés presentado por un individuo y antagonista o diferente al interés de otra persona que toma parte en el mismo contrato."

Los negocios jurídicos, solo afectan a las partes suscritas en el contrato, esto conforme con el artículo 1.166 del Código Civil (1982), en cual establece que: "Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes, no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la ley". Razón por la cual, los sujetos que conforman las partes en un contrato deben; necesariamente gozar de una capacidad jurídica, que es la aptitud de

ser titular de derechos y obligaciones; y una capacidad de obrar que es la aptitud que tiene un sujeto para materializar sus derechos, o bien, como señala Aguilar (2002, 161) "Para producir plenos efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad."

La imposibilidad de un contrato de producir efectos jurídicos tiene que ver, principalmente, con la capacidad del sujeto que expresa su voluntad al momento de celebrar en mismo. Es decir para que exista voluntad, tiene que existir capacidad.

En cuanto a la capacidad, el problema más frecuente en Internet es el de los menores de edad que celebran negocios electrónicos; en estos casos los vendedores por Internet no pueden estar seguros de que el sujeto que está aceptando sus ofertas no es un menor de edad.

Rico (2003, 157) explica el siguiente ejemplo:

Imaginemos que un menor se suscribe a un servicio de pornografía o a un servicio de información de compras - ventas de valores utilizando la tarjeta de crédito de sus padres. ¿Significa esto que el contrato será inevitablemente nulo e inválido y no se le pagará al proveedor del servicio? En principio, los padres no están contractualmente obligados por las responsabilidades que se generen de contratos firmados por sus hijos menores de edad.

Aunque, la responsabilidad de los menores de edad y de sus padres por los actos cometidos por estos, varía en cada legislación. Por ejemplo en Francia, de acuerdo con Davara (1997), si un menor utiliza la tarjeta de crédito de sus padres, estos quedan obligados por dicho contrato firmado por su hijo ya que, para el proveedor, el menor es titular de la tarjeta y, por lo

tanto, un adulto. En los Estados Unidos, en cambio, el menor si puede revocar el contrato que firmó excediéndose de lo que la ley le permite en su condición de minoridad.

Bajo el ordenamiento jurídico venezolano, los padres son responsables por los actos cometidos por sus hijos menores de edad, igualmente los tutores responden de las actividades realizadas por su pupilo; esto conforme con el artículo 1.190 del Código Civil (1982) que establece: "el padre, la madre, y a falta de estos, el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habiten con ellos".

Sin embargo, se excepcionan los menores de edad emancipados, de uno u otro sexo que, siempre que están autorizados para ello, pueden realizar ciertos actos de comercio, como comprar mercancías, conforme con el artículo del Código de Comercio (1955), el cual establece;

El menor emancipado, de uno u otro sexo, puede ejercer el comercio y ejecutar eventualmente acto de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por su curador, con la aprobación del Juez de Primera Instancia en lo Civil de su dominio, cuando el curador no fuere el padre o la madre.

Por otra parte, el artículo 12 del citado Código de Comercio (1955), considera a los menores autorizados para comerciar como mayores de edad por lo que, pueden tanto comparecer en juicio como vender sus bienes. De lo que se deduce, que en Venezuela un menor de edad de este tipo puede, perfectamente, realizar negocios a través de Internet y ser responsables de las consecuencias jurídicas que deriven de dichos actos.

En consecuencia de lo antes expuesto, lo más recomendable es que los padres tiendan a supervisar el acceso de sus hijos a Internet, además de tener más cuidado en la administración de sus claves de acceso a la red.

La voluntad de las partes es expresada por el consentimiento, primer requisito esencial para la existencia y perfeccionamiento de un contrato, de acuerdo con el artículo 1.141 del Código Civil venezolano.

El consentimiento, es la voluntad de las partes para comprometerse en alguna obligación jurídica con la otra parte firmante del acuerdo. Este consentimiento debe ser exteriorizado por ambos. Sin embargo, el contrato electrónico para su validez, no tiene que constar por escrito, convirtiendo los actos o hechos que realicen las partes, en medios de prueba del negocio.

Con respecto a la manifestación de las voluntades, debe indicarse, para que haya coincidencia de las voluntades de los contratantes es necesario que cada uno haya conocido la voluntad del otro, lo cual supone que dichas voluntades hayan sido manifestadas, esto es, que hayan sido exteriorizadas y no hayan permanecido en el fuero interno de cada uno de las partes que la acepta. Por consiguiente, es la coincidencia de la oferta y de la aceptación lo que constituye la celebración del contrato,

Siendo el consentimiento la expresión de la voluntad de las partes de un contrato, este debe emitirse de forma libre y consiente, de lo contrario la voluntad estaría viciada o como señala Melich (1993, 384), "...formada

anormal mente, bajo el influjo de factores que ha producido una decisión distinta de la que se hubiera producido de una manera libre y consiente."

Los vicios que pueden afectar la voluntad de las partes que prestan sus asentimientos en un contrato contentivo de un negocio jurídico, bien sea celebrado de forma tradicional o de forma electrónica, son: el error, el dolo y la violencia.

El error recae, en la calidad esencial, en algo que se tuvo en cuenta al decidir contratar y que no está presente luego; de haber sabido que faltaría no se hubiere contratado nunca. El error es una falsa apreciación de la realidad de las cosas o de las cualidades de las personas que conforman las partes de un contrato. Según Maduro (2007, 156), el error es: "... una discrepancia involuntaria entre los deseos reales y los deseos declarados de la parte que comete el error, lo cual no fue provocado por la contraparte". Por lo que es requisito indispensable que el error no lo haya propiciado la otra parte con intención de engañar, ya que en ese caso se estaría hablando de dolo.

El dolo como vicio en el consentimiento se entiende como aquellas conductas en la cual la otra parte o un tercero con el conocimiento de aquella provoca, refuerza o deja subsistir una falsa apreciación sobre las verdaderas condiciones de una cosa o característica de una persona.

De acuerdo con Melich (1993, 388), dolo es: "... todo artificio, engaño, o fraude por el cual se induce a una persona a otorgar un negocio jurídico que

de otro modo no hubiera consentido o lo hubiera hecho en otras condiciones."

La intención de dañar o perjudicar, se vincula a la mala fe en los negocios, y suele relacionarse con información errónea o falsa, o falta de información sin la cual la persona destinataria de la oferta, no contrataría. Llevado al ámbito penal, cuadra en la estafa, que es el delito cometido a través de engaños dirigidos a captar la aceptación de la víctima. Se debe, a que no entra en el concepto de vicio de la voluntad el llamado Dolo bueno; que es propio de la práctica comercial, tal como puede ser cierta exageración de cualidades o diferentes modos de sensacionalismo, ya conocidos por el común de las personas.

En materia de negocios electrónicos, Melich (1993, 157) señala como ejemplo de dolo: "... el caso de la publicidad engañosa en Internet o de una promesa hecha por correo electrónico de ventajas imaginarias subsecuentes formuladas con la única intención de convencer a la otra parte de cerrar el contrato bajo esas condiciones."

Por su parte, en la legislación venezolana, conforme con el artículo 1.150 del Código Civil, la violencia como vicio en el consentimiento, también es causa de anulabilidad del contrato, siempre que, de acuerdo con el artículo 1.151 del citado Código Civil, "esta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable".

En un negocio electrónico puede presentarse la violencia como vicio del consentimiento, por ejemplo si una persona obliga a otra a introducir su número de tarjeta de crédito en una página Web para que este adquiriera un determinado producto; o bien, si la obliga a firmar electrónicamente un mensaje de datos aceptando un negocio que, de no ser por el temor infundado no hubiere aceptado.

El segundo de los elementos esenciales de todo negocio jurídico es el objeto contemplado en el ordinal 2° del Artículo 1.141 del Código Civil. Todo producto o conducta que sea factible de realización puede ser objeto de un contrato, siempre y cuando, no sea prohibido su comercio o conducta por alguna norma jurídica; como por ejemplo: las conductas de imposible ejecución, no tendrán validez jurídica. Igualmente, no basta que el objeto pertenezca al dominio privado, sea de comercialización lícita y pueda ser ejecutable, sino que además deberán de determinarse concretamente las obligaciones que surgen del contrato o que sea posible determinar en un futuro,

De acuerdo con Melich (1993, 181) "el objeto del contrato será siempre la obligación"; por lo que, el objeto al que se refieren las disposiciones legislativas es el objeto de la obligación, es decir, la prestación, que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer.

La causa es el tercer elemento esencial de todo negocio jurídico, conforme con el ordinal 3° del artículo 1.141 del Código Civil. El citado en su

artículo 1.157, dispone: "La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres, o al orden público". De manera que las partes en el contrato telemático deben cumplir con lo acordado y garantizar satisfactoriamente el negocio.

Antes de empezar a analizar las fases pertinentes para la formación de un contrato por medios electrónicos, es importante precisar la forma para llegar al perfeccionamiento del negocio, es decir, la modalidad correcta para que en determinados casos, se entienda que hay una oferta, una aceptación y finalmente un contrato.

Este proceso se realiza aplicando los principios básicos de la legislación ajustada a cada contrato, en estos medios electrónicos. Se trata de las mismas obligaciones y consecuencias contractuales; lo que va a variar es cómo llegar a perfeccionar uno de estos contratos ya regulados, adaptando los principios ya existentes a las nuevas tecnologías.

La oferta es una declaración de voluntad, dirigida bien al público o a un particular, donde se manifiesta el deseo de celebrar un determinado contrato. Ahora bien, los problemas que puedan presentarse en la contratación directa en este aspecto, se ven agudizados cuando intervienen medios avanzados de comunicación. Por una parte se presenta el anonimato, a diferencia de lo que ocurre en la contratación entre presentes, aquí la identificación de las partes se hará a través de una clave digital.

La oferta debe ser emitida con la intención de obligarse, es decir, debe tratarse de una manifestación inequívoca, donde no solo se deberá analizar la expresión de dicha manifestación, sino su intención y deliberación. Esto mismo es perfectamente aplicable a la hora de analizar la existencia de una oferta electrónica que debe cumplir con los requisitos de ser firme, precisa; es decir, debe contener los elementos esenciales del contrato que se desea llevar a cabo, debe ser comunicada en términos suficientemente claros, dirigida a una o varias personas determinadas, expresando la voluntad del oferente de quedar obligado en caso de la aceptación de los destinatarios, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Las ofertas electrónicas han sido aceptadas por diversas legislaciones en distintos países, entre ellos, Colombia, Estados Unidos, Italia, Alemania, España y Venezuela. La Ley Modelo de Uncitral sobre Comercio Electrónico, ha reconocido la validez de los contratos cuya oferta y aceptación es realizada por medio de mensajes de datos; en el artículo 11, de dicha ley, se establece que: " ... de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de mensajes de datos".

La otra fase o etapa para la formación del consentimiento, es la aceptación; que conlleva al perfeccionamiento del contrato. La aceptación consiste en la declaración de voluntad por parte del destinatario de la oferta de su deseo de concluir el contrato que se le ha propuesto, en los mismos términos indicados en la oferta. Si la aceptación sustrae, modifica o añade

elementos distintos de los indicados en la oferta; se tratará más bien de una nueva oferta, encuadrando de esta manera con, la aceptación a través de medios electrónicos.

Con respecto a la posibilidad de realizar contratos a través de medios electrónicos, se ha determinado que estos negocios existen y nada impide su celebración, el artículo 11.1 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, dispone: "En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje .de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos".

Para la perfección de un contrato se requiere el acuerdo de voluntades, mientras no coincidan la oferta y la aceptación no hay contrato. El Código Civil (1982) en su artículo 1.137, establece: "El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte".

Cuando las partes han de manifestar su voluntad; entre presentes no se presentan problemas, pero entre ausentes hay que determinar el momento en que se produce la perfección del contrato, con sus consiguientes efectos jurídicos para las partes, esto es, el nacimiento de obligaciones y derechos para éstas.

La determinación del lugar del contrato electrónico trae consigo situaciones complejas, que se explican por el carácter internacional de la

contratación electrónica y por el hecho de que el domicilio físico de una persona puede no coincidir con el que sería su domicilio informático.

Partiendo de la hipótesis de que los contratantes electrónicos pueden encontrarse en diferentes en diferentes lugares, será necesario determinar el lugar en que se considera perfeccionado el contrato; ello tiene importantes efectos jurídicos entre los que se encuentran la fijación del lugar idóneo para la ejecución de ras obligaciones, si las partes nada han dicho al respecto; la determinación del Juez competente para la solución de los conflictos de intereses que de él puedan derivarse, la determinación de la ley aplicable en el caso que existan dos o más estatutos jurídicos diversos, entre otros.

En conclusión, la determinación del momento de formación del contrato celebrado a través de Internet, es de suma importancia para saber el lugar de su conclusión y conocer la legislación aplicable y por ende la Jurisdicción a que éste debe ser sometido.

CAPÍTULO IV

ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Acciones ejercitables y otros aspectos jurídicos a destacar

El autor civilista Maduro (2007), parte de la noción de que la acción resolutoria es la facultad que tiene una de las partes en un contrato bilateral, de pedir la terminación del mismo y en consecuencia ser liberada de su obligación, si la otra parte no cumple a su vez con la suya.

Ossorio (2006, 40), indica que esta acción en estudio, “es la ejercida para que se proceda a la resolución forzosa de un contrato u obligación al que no se accede extrajudicialmente”. Se desprende entonces, que la resolución no es más que la terminación de un contrato bilateral motivada por el incumplimiento culposo de una de las partes.

Esta acción, encuentra su base legal en el artículo 1.167 del Código Civil venezolano vigente, el cual dispone: “En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar a ello”.

En este sentido, es menester diferenciar la acción resolutoria con otros medios de terminación de los contratos; así se tiene que la diferencia con la nulidad de los contratos, se basa en que:

1.- La nulidad es un modo de terminación de los contratos que han nacido con un vicio que afecta su eficacia. La resolución es un modo de terminación de contratos que han nacido legalmente perfectos y que producen los efectos normales propios de todo contrato válido.

2.- Las causas de nulidad surgen con el contrato mismo. Las mismas causas de resolución (incumplimiento culposo) surgen después que el contrato se ha perfeccionado.

3.- Como consecuencia de las diferencias apuntadas, la nulidad no es más que la constatación de un contrato inválido o ineficaz. La resolución es la terminación de un contrato perfecto.

4.- La nulidad es la consecuencia de la violación en el contrato de normas de orden público que tutelan intereses generales (nulidades absolutas) o intereses particulares (nulidades relativas) y opera aun cuando las partes cumplan o quieran cumplir sus respectivas obligaciones. La resolución ocurre en los contratos bilaterales, motivada a incumplimiento culposo de sus obligaciones por una de las partes.

De igual forma, es necesario diferenciar la acción resolutoria con la rescisión. En tal sentido se tiene que la rescisión es un medio especial para atacar ciertos contratos bilaterales, que si bien no violan ninguna cláusula de orden público, establecen una desproporción excesiva entre las prestaciones de las partes en perjuicio o detrimento de una de ellas.

La doctrina expone que en general la rescisión tiene carácter subsidiario y sólo opera en falta de otro recurso capaz de colocar a las partes en situación de equilibrio. La resolución no tiene carácter subsidiario, ni tampoco opera a falta de otro recurso. El efecto retroactivo de la resolución no es aplicable en los casos de rescisión.

En cuanto a la diferencia de la acción resolutoria con la disolución, se tiene que:

1.- La disolución es un medio voluntario de terminación de los contratos mediante el cual las partes de mutuo acuerdo deciden la extinción del contrato. La resolución no es propiamente voluntaria, sino que es motivada por el incumplimiento culposo de una de las partes en un contrato bilateral, viéndose obligada la otra parte, en resguardo de sus intereses, a pedir la terminación del mismo.

2.- En principio, la disolución del contrato lo extingue hacia el futuro pero no hacia el pasado, quedando plenamente cumplidas y con total validez las prestaciones efectuadas. La disolución no tiene efecto retroactivo. La resolución tiene efectos retroactivos, el contrato se considera como si nunca se hubiese efectuado, volviendo las partes a una situación precontractual, a la misma situación en que se encontraban antes de efectuarse el contrato; salvo en los casos de excepción (contratos bilaterales de tracto sucesivo).

3.- La disolución del contrato es un medio general de terminación de todo contrato, sea de la clase que fuere (artículo 1.159 del Código Civil). La

resolución del contrato es típica de los contratos bilaterales y sólo para los casos de incumplimiento culposo.

En lo concerniente a las diferencias con la revocación:

1.- La revocación del contrato, tomada en un sentido estricto, es la terminación de determinados tipos de contrato por voluntad unilateral de una de las partes. Ello ocurre en algunas clases de contratos: mandato, sociedades por tiempo ilimitado, sociedades de hecho, entre otros. La resolución no depende de la sola voluntad de una de las partes, sino que es motivada por el incumplimiento culposo de la otra parte.

2.- La revocación opera hacia el futuro, no afecta las prestaciones cumplidas con anterioridad a esa revocación, prestaciones que son válidas y producen sus efectos. La resolución, por el contrario, tiene efectos retroactivos colocando a las partes en la misma situación en que se encontraban antes de celebrar el contrato y, por consiguiente, tiende a eliminar las prestaciones cumplidas con anterioridad, mediante la mutua restitución de las mismas (salvo los casos de excepción).

En este orden de ideas, entre las diferencias entre la acción resolutoria y la excepción non adimpleti contractus, se tiene que la acción resolutoria presenta diferencias fundamentales con la excepción non adimpleti contractus, a saber:

1.- La acción resolutoria tiene como objeto fundamental obtener la terminación de un contrato bilateral, mientras que la excepción non adimpleti

contractus sólo persigue obtener la suspensión del contrato bilateral. Mientras que la acción resolutoria extingue el contrato, la excepción non adimpleti lo suspende mientras la parte que dio motivo a su oposición cumple la obligación prometida, caso en el cual el contrato vuelve a producir sus efectos normales. Sólo existe una situación excepcional en que la excepción non adimpleti contractus no suspende el contrato sino lo extingue: es en los contratos de tracto sucesivo, pues la oposición de la excepción deja inexistente el contrato durante el lapso en el cual una de las partes dejó de cumplir su obligación.

2.- La terminación del contrato obtenida mediante el ejercicio de la acción resolutoria es retroactiva, en el sentido de que el contrato se considera como si nunca hubiera existido; las partes vuelven a la situación precontractual, como si jamás hubiesen contratado. La excepción non adimpleti contractus no tiene efecto retroactivo, suspende sólo el contrato a partir del momento en que se opone.

3.- La acción resolutoria es una acción. Es un medio o poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales a fin de impugnar un contrato solicitando su terminación, es un medio de ataque para tener la terminación de un contrato. La excepción non adimpleti contractus es un medio de defensa que opone la parte de un contrato bilateral, para ser liberada del cumplimiento de sus obligaciones, cuando es demandada para tal cum-

plimiento por la otra parte que a su vez no ha cumplido con sus propias obligaciones.

Dentro de este contexto, es necesario señalar que la doctrina señala como efectos principales de la resolución, los siguientes:

1.- La terminación del contrato bilateral, que al ser declarado resuelto se extingue. Ahora bien, el contrato se considera terminado, no desde el momento en que se declara la resolución, sino se considera como si jamás hubiese existido, volviendo las partes a la misma situación en que estaban antes de contratar.

2.- Un efecto retroactivo, mediante el cual el contrato se considera como si efectivamente jamás hubiese sido celebrado.

3.- La parte cuyo incumplimiento culposo da motivo a la resolución queda obligada a la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución cause a la parte accionante. Para algunos autores, la acción por daños y perjuicios es subsidiaria de la de cumplimiento o de la de resolución de los contratos bilaterales. Es decir, para que proceda la acción por daños y perjuicios debe haberse pedido necesariamente el cumplimiento o la resolución del contrato. Para ello se fundamentan en la redacción del artículo 1.167 del Código Civil, el cual dispone que en los contratos bilaterales, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar a ello.

Normas aplicables

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su artículo 60, establece el derecho a la protección del honor, la intimidad, confidencialidad y reputación, limitando el uso de la informática en pro de garantizar esos derechos. Al respecto Vélez (2002, citado por Peñaranda, 2008, 65) señala:

Si bien nuestro constituyente comienza considerando con limitaciones al nuevo fenómeno, también es reseñable el reconocimiento que hace a la institución de la informática. Ya el constituyente sabe de la existencia, y más allá, conoce lo inmerso que se encuentra en la sociedad, al limitar su utilización a favor de garantizar derechos tan importantes como los anotados, por lo vinculado que están al hombre como ser humano.

Para dar soluciones a la realidad de los documentos electrónicos, que cada vez más a nivel internacional, se vienen utilizando como soporte y contenedor de los negocios jurídicos ocurridos en Internet, tanto el comprador como el vendedor buscan en las normas existentes las pautas de valoración jurídica de tales instrumentos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece que el Estado debe garantizar los servicios de redes de informática, con el fin de que la información llegue a todos, este reconocimiento positivo de la informática se da en el artículo 108 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999):

Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará

servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal de la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley.

Por lo tanto, todos los actos que se efectúen en el proceso deberán constar por escrito. En este sentido, la LSMDFE (2001), reconoce la eficacia probatoria de la firma electrónica, los mensajes de datos con independencia de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas así como la regulación de todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos. Esta norma procesal, con vigencia en el tiempo, da entrada al documento electrónico como medio de prueba.

Uno de los más grandes dolores de cabeza para quienes deben determinar la legislación aplicable a los hechos de naturaleza electrónica y por tanto a la contratación es la legislación aplicable. Las dudas van desde la validez o no de la contratación electrónica hasta la legislación aplicable a los hechos y obligaciones nacidas o derivadas de hechos consumados por vía electrónica y documentos informáticos.

Si bien es cierto Internet y otros medios electrónicos ofrecen una libertad nunca antes imaginada, esto no significa en forma alguna que las actividades realizadas por estas vías no tengan reglas o que lo que por estos medios sucede no está sometido a ningún tipo de control. El sentido es más bien contrario, es decir, que no debe diferenciarse las actividades

desarrolladas por vías electrónicas de aquellas realizadas en el mundo de los átomos.

De igual forma, es cierto que los medios electrónicos aún no han alcanzado a todos los estratos de la población, estos, especialmente Internet, han penetrado masivamente en los medios de producción implicando beneficios para toda la sociedad en general. Este es un fenómeno multifuncional porque puede emplearse para cualquier tipo de actividad imaginable o por imaginar. Por citar algunos, hoy en día las herramientas informáticas y principalmente Internet, se utilizan como medio de expresión, comunicación e intercambio cultural, como herramienta de transmisión de información para el trabajo, la investigación y la educación y con fines comerciales o mercantiles para la realización de transacciones no solo entre empresarios o profesionales y entre estos y sus clientes, sino también entre distintos particulares que ocasionalmente comercializan a distancia determinados productos o servicios sin convertirse por ello en profesionales.

Este fenómeno social que está cambiando al mundo y ha traído una serie de cambios que han hecho que las estructuras existentes en muchos de los campos del mundo tridimensional se vean afectadas.

La única diferencia de los hechos perfeccionados por medios electrónicos de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional es precisamente el medio electrónico en el cual se llevan a cabo. La compra de un libro en una librería de un centro comercial y la compra de un libro en

línea no son más que eso, la compra de un libro, de un bien mueble, siendo la única diferencia el medio en el cual se llevan a cabo, pero en su esencia son iguales. De la misma forma, lo que es ilegal en el mundo de los átomos es ilegal en la Red. Es por eso que no cabe duda al afirmar que la Ley aplicable en la Red es la Ley ordinaria que aplique a cada situación o hecho en particular.

Así se tiene que para constituir una empresa dedicada a ofrecer bienes y servicios a través de Internet o empresas de altísima tecnología se debe aplicar la normativa del Código de Comercio; contra cualquier hecho o publicación que constituya difamación o injuria corresponde la aplicación del Código Penal; para el caso de eventos en que intervengan ciudadanos de otros países, se realicen transacciones internacionales, cuando se cometa un delito informático en el cual se vea involucrada más de una jurisdicción, se aplicarán los tratados internacionales a que haya lugar en cada caso particular; para todo lo relativo a la contratación, se aplicará la normativa del Código Civil, el Código de Comercio y cualquier otra ley vigente según la materia de la cual se trate la convención, y así sucesivamente.

En el caso específico de Internet uno de los puntos más controvertidos entre sus actores es el de la autorregulación. Un nutrido grupo de ellos, en el cuál por lo general no se encuentran abogados, estima que Internet es por esencia libre y que por ello debe autorregularse. Esta autorregulación

consiste en la libertad que tendrían los participantes para determinar las reglas a seguir en cuanto a su comportamiento en Internet.

En América Latina se ha empezado a legislar en esta materia y se tienen leyes especiales y proyectos de leyes en varios países tanto en materia de mensajes de datos, firmas electrónicas, delitos informáticos, privacidad de datos, entre otros. En Venezuela se cuenta la Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas (2001).

A falta de una Ley especial que regule en forma específica alguno de los aspectos relacionados con la validez y eficacia del uso de medios electrónicos siempre será aplicable la ley ordinaria para cada actividad en particular.

Si bien es cierto que Leyes que admiten y dan validez y eficacia jurídica a los medios electrónicos son beneficiosas para el desarrollo de cualquier país latinoamericano, no es menos cierto que aún sin ella siempre es posible apoyarse en la legislación existente para lograr darle valor. Prueba de ello es que el Comercio Electrónico se desarrolló en todos estos países, ha movido cantidades importantes de dinero y jamás se ha atacado su validez. Las Leyes vinieron después.

No debe tampoco en forma específica intentarse controlar o regular las actividades de los diversos actores que intervienen por medios electrónicos o por la Red. Estas actividades están ya reguladas por las leyes ordinarias. La única diferencia entre las actividades realizadas en la Red de aquellas

realizadas en el mundo "real" es el medio en el cual se llevan a cabo. Un contrato es un contrato, una venta es una venta, y un delito es un delito por medios electrónicos o en el mundo real.

Las limitaciones al crecimiento del Comercio Electrónico como actividad en Venezuela y en otros países de América Latina vienen dadas en gran parte por problemas de carácter socio-económico más que tecnológicas. El acceso limitado a la tecnología de la información, la desigualdad social, la pobreza y falta de educación y de oportunidades son limitantes al desarrollo de la actividad, no obstante, estas limitantes no son culpa de la tecnología, la cual, si es bien utilizada y gerenciada puede ayudar a reducir estas limitantes.

La jurisdicción aplicable en los contratos mercantiles celebrados a través de Internet

La celebración de Contratos Electrónicos, encuentra su fuente y reconocimiento jurídico en el Decreto con fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001), específicamente en su artículo 15, que establece: "En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y la aceptación se realicen por medio de un mensaje de datos.", de lo cual se infiere el Principio de Equivalencia Funcional, conforme al cual los mismos efectos que surte la manifestación de voluntad instrumentada a

través de un documento en papel, la debe cumplir el soporte electrónico. De acuerdo a esto, todo contrato sería susceptible de perfeccionamiento por medios electrónicos, siempre que cumpla con los requisitos de validez, obligando no sólo a lo pactado sino también a las consecuencias que de él se derivan.

Según el Decreto citado el mensaje de datos se define como "toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio", y asimismo se define a la firma electrónica como "la información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado".

En cuanto al mensaje de datos, se observa que la eficacia probatoria de los mismos está regulada en el artículo 4 del referido Decreto, el cual establece lo siguiente:

... los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de los establecidos en la primera parte del artículo 6 ejusdem. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previstos para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 7 ejusdem,

Cuando la ley requiera que la información contenida en el mensaje de datos sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho, si se ha conservado su

integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos, esté disponible. A tal efecto, se considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

Como se puede apreciar el mensaje de datos contiene las siguientes características legales: 1) Tiene la misma eficacia probatoria que la Ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de los establecidos en la primera parte del artículo 6 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001); 2) La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la Ley a las copias o reproducciones fotostáticas; 3) La información inteligible en formato electrónico debe tener capacidad de almacenamiento. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil (1986).

En ese sentido, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil establece el principio de libertad de medios de prueba. Dicho artículo consagra lo siguiente:

Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente código y otras leyes de la república. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en forma que señale el juez.

Ahora bien, los mensajes de datos sólo pueden reproducirse por procedimientos electrónicos y no por procedimientos mecánicos, que es el que prevé la norma transcrita. Ello quizás se explica por el hecho de que, para el momento en que se promulgó el Código de Procedimiento Civil, Internet y sus aplicaciones estaban reservados a los militares y ciertas universidades en Estados Unidos. Difícilmente el legislador podría prever que en escasos 15 años se experimentaría la existencia de contratos virtuales y electrónicos a través de la telemática y la cibernética.

Por esa razón, el hecho de que la norma sólo mencione a los procedimientos mecánicos no es razón para no admitir el procedimiento electrónico como medio de prueba; ya que la expresión del legislador contenida en el artículo 395, constituye fundamento jurídico suficiente para que las partes puedan demostrar la existencia de una modalidad de contrato notorio y aceptada por la sociedad, más aún cuando existe una legislación especial en la materia que es la Ley de mensajes de datos y firmas electrónicas.

Dentro del principio de libertad de prueba, las partes que celebran un contrato de comercio electrónico pueden convenir, mediante el cruce bilateral de claves, o mensajes cifrados, contenidos en un software que sólo los contratantes pueden descifrar, o en otorgar valor probatorio a los medios

electrónicos que sustentan la contratación, para los eventuales supuestos de conflictos jurisdiccionales.

También se puede hacer referencia al artículo 504 el cual establece lo siguiente:

En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos y cualesquiera otros de carácter científico, mediante un experto, de reconocida aptitud, nombrado por el tribunal.

Al respecto, Cabrera (1997, 134), sostiene que:

El denominado común de las reproducciones y pericias del artículo 504 es que ellas versan sobre hechos no visibles y todas giran alrededor de técnicas o máquinas tendientes a registrar lo no perceptible a simple vista, lo que separa la finalidad de este artículo de las reproducciones del artículo 502. Fuera de las radiografías y radioscopias el resto de las actividades previstas son exámenes o análisis a fin de registrar lo no perceptible por la vista, exámenes y análisis que se deben encomendar a un experto y que se enuncian como análisis hematológicos, análisis bacteriológicos y cualesquiera otro de carácter científico, verdaderas pericias. Lo importante es la captura de los invisibles para el momento de la prueba y esta ausencia de perceptibilidad visual ha colocado a estas experticias dentro del mundo de lo experimental, ya que afirmar con exactitud lo que se va a probar, es imposible, porque no se conoce. Por otra parte, lo importante en ellas es el resultado y por ello básicamente no se exige un dictamen del experto, una opinión, sino mostrar un hecho y no una apreciación. Esta ha sido la razón para dar a estas pericias un tratamiento distinto al de la experiencia tradicional.

Es conveniente establecer en estos contratos el domicilio contractual y la jurisdicción aplicable. En cuanto a la jurisdicción aplicable, se observa que según el artículo 15 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001), las partes pueden acordar que la oferta y la aceptación del contrato

se realicen por medio de mensajes de datos. Ello configura una legislación especial, en relación con la legislación prevista en el derecho común en materia de contratos civiles y mercantiles.

Para que los mensajes de datos puedan obtener la eficacia probatoria señalada en el artículo 4 ejusdem, debe cumplirse con los requisitos legales que la misma ley establece en su Capítulo III, referente a la emisión y recepción de los mensajes de datos. En este sentido se observa lo siguiente:

1.- Para la verificación de la emisión del mensaje de datos, en principio las partes pueden acordar un procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entiende que el mensaje de datos proviene del emisor, cuando este ha sido enviado por: el propio emisor; por la persona autorizada para actuar en nombre del emisor respecto de este mensaje; por un sistema de información programado por el emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente (artículo 9 de la ley).

2.- En cuanto a la oportunidad de emisión, salvo acuerdo en contrario entre las partes, el mensaje de datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del emisor lo remita al destinatario (artículo 19 de la ley).

3.- En cuanto a las reglas para la determinación de la recepción, salvo acuerdo en contrario entre las partes, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará conforme a las siguientes reglas: si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de

mensajes de datos, la recepción tendrá lugar cuando al mensaje de datos ingrese al sistema de información designado: si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el mensaje de datos en un sistema de información utilizado regularmente por el destinatario (artículo 11 de la ley).

4.- En cuanto al lugar de emisión y recepción, salvo prueba en contrario, el mensaje de datos se tendrá por emitido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo (artículo 12 de la ley).

5.- En cuanto a los mecanismos y métodos para el acuse del recibo las partes podrán acordar los mecanismos y métodos para el acuse de recibo se utilice un método determinado, se considerará que dicho requisito se ha cumplido cabalmente mediante lo siguiente: a) toda comunicación del destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del mensaje de datos; b) todo acto del destinatario que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al emisor que ha recibido su mensaje de datos.

En relación con el momento de la formación y perfección del contrato, se observa que el contrato entre ausentes se puede perfeccionar con la expedición de la carta de aceptación del comprador, o con la recepción de la aceptación del comprador al vendedor. En el caso de los contratos comerciales a través de internet, el momento de la formación del contrato parece efectuarse en el momento en que el vendedor recibe la aceptación

del comprador, o con la autorización por parte del comprador para el cargo de la tarjeta de crédito si fuere el caso; por ello es recomendable establecer en la oferta, el momento de la formación del contrato.

6.- El emisor de un mensaje de datos puede condicionar los efectos de dicho mensaje a la recepción de un acuse de recibo emitido por el destinatario. Las partes pueden acordar un plazo para la recepción del acuse de recibo. La ausencia de recepción de dicho acuse de recibo dentro del plazo convenido, dará lugar a que se tenga el mensaje de datos como no emitido. Cuando las partes no establezcan un plazo para la recepción del acuse de recibo, el mensaje de dato se tendrá por no emitido si el destinatario no envía su acuse de recibo en el plazo de veinticuatro (24) horas a partir de su emisión. Cuando el emisor reciba el acuse de recibo del destinatario conforme a antes establecido, el mensaje de datos surtirá todos sus efectos.

Por otra parte, el comercio electrónico exige, entre otros aspectos" la consagración de la firma electrónica, la cual ha adquirido validez formal y expresa en Venezuela, con la aprobación y publicación del Decreto con fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001). En este sentido se observa que el artículo 16 ejusdem, establece lo siguiente:

La firma electrónica que permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tales efectos, salvo que las partes dispongan otra cosa, la firma electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: a) garantizar

que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad; b) ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; c) no alterar la integridad del mensaje. La firma electrónica podrá formar parte integrante del mensaje de datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto.

Una clase particular de firma electrónica son las firmas digitales. Estas firmas se crean usando un sistema de criptografía asimétrico o de clave pública. Estos sistemas de clave pública se basan en el uso de dos claves asociadas: una clave privada que se mantiene en secreto y una clave pública libremente accesible por cualquier persona. Situación diferente se produce con la criptografía simétrica. Bajo esta modalidad, las partes deben compartir una clave común que es usada para cifrar y descifrar, y es acordada previamente entre las partes. Esta clave debe ser secreta para evitar el acceso no autorizado a datos confidenciales. En cambio en el sistema de criptografía asimétrica o pública, existen dos claves: una clave privada conocida sólo por su titular, que debe mantenerse en secreto, y una clave pública relacionada matemáticamente con ella, y que puede ser accesible para cualquiera.

Ahora bien, en la contratación electrónica, como se ha venido indicando, generalmente los contratantes poseen domicilio o residencia en diversos Estados, lo cual propició que la Doctrina califique a éstos como Contrato entre Ausentes Esta situación plantea el problema de la determinación de la Legislación y Jurisdicción a que deben someterse las

partes y todas las consecuencias jurídicas que se derivan de este tipo de contratación. Para solucionar el problema de la legislación aplicable y por ende la Jurisdicción, se han propuesto diversas soluciones entre las que se pueden citar:

a) La aplicación de los Convenios Internacionales al vincularse dos legislaciones distintas.

b) La aplicación de la legislación del comprador, a objeto de garantizar la adecuada protección de los derechos de los consumidores.

c) La aplicación de la legislación del vendedor, con el objeto de facilitar el desarrollo del comercio electrónico.

d) La creación de una nueva Ley, con carácter internacional, fundamentada en la Lex Mercatoria, al margen de las Jurisdicciones y Legislaciones nacionales.

e) La aplicación del sistema de Nombres de Dominio, los cual permite determinar la ubicación de la Empresa oferente; y

f) La aplicación de los tradicionales puntos de conexión del Derecho internacional Privado.

Al respecto, cabe destacar, que el Decreto con Rango de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001), no indica nada sobre este aspecto, limitándose a propugnar la validez de los Contratos Electrónicos y a establecer el momento de celebración del Contrato, y de la recepción o expedición de los mensajes de datos.

CONCLUSIONES

Con respecto a los rasgos innovadores de la contratación a través de medios electrónicos, se tiene que el Derecho Informático tiene como función abarcar buena parte de los problemas de adaptación que generan las nuevas tecnologías en el Derecho, tarea cuya magnitud superó las posibilidades del Derecho Informático, hoy más bien, denominado “Derecho de las Nuevas Tecnologías”.

Mediante este estudio se constató que el denominado proceso de adaptación de las redes informáticas al Derecho requiere ciertos ajustes de carácter general que pudieran ser realizados por expertos en Derecho Informático, dado que los elementos que integran la noción de nuevas tecnologías de la información afectan de modo significativo y sustancial a la totalidad de las ramas jurídicas, a veces, en aspectos esenciales de cada una de ellas.

De igual manera se deduce del párrafo reseñado, que el Derecho Informático ha circunscrito finalmente su labor y su objetivo esencial, en el campo de la tecnología de la información, apareciendo en los últimos años otras disciplinas jurídicas que han abordado diversos aspectos de la realidad electrónica en el derecho. Destaca la labor que se ha desarrollado en el ámbito del comercio electrónico, lo que ha producido, como consecuencia,

que adicionalmente se haya trabajado en temas como la contratación electrónica, en cuanto a la protección del consumidor en el uso que realiza de las nuevas tecnologías, es un tema que es necesario abordar en la actualidad dado que Internet, como enlace es un área que crece cada día más y propicia la interrelación de las economías.

Es necesario destacar que los elementos que constituyen la formación y eficacia de los contratos celebrados electrónicamente, son valiosos dado que amparan las garantías de las partes en un contrato electrónico, resolviendo controversias a través de modernas tecnologías amparados en el Derecho Civil, y más específicamente, en el ámbito negocial privado, en donde está determinado el estudio del fenómeno de la confluencia de los elementos esenciales para hacer del contrato un instrumento eficiente al servicio de la normativa en materia informática, no ya desde una óptica civil sino comercial y social.

En tal sentido, el negocio jurídico electrónico puede adaptarse a las necesidades y expectativas de los proveedores de servicios y los consumidores, dado que están asentados sobre una normativa eficaz. A la insuficiencia de tal regulación, será necesario proceder a las modificaciones legales pertinentes a la hora de redactar las cláusulas contractuales haciendo uso de la buena fe propiciando la confiabilidad del consumidor de servicios

Es necesario señalar que la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001) en el proceso probatorio del contrato celebrado electrónicamente, marca un antes y un después dentro del negocio electrónico, dado que rige y regula las operaciones mercantiles y comerciales, promoviendo y determinando los agregados macroeconómicos del Estado. La LSMDFE (2001) influye en la tecnificación de la economía, con respecto a ciertos indicadores tales como la inflación, desempleo y la productividad de la población. Las garantías procesales que surgen de la aplicación de la ley en cuestión, hacen del acuerdo contractual un referente en el desarrollo del intercambio de la información, mediante el uso de Internet, correos electrónicos, mensajes de datos, entre otros.

En relación con la acción de resolución, el artículo 1.167 del Código Civil dispone: “En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello”. Nótese, en primer término, que esta disposición reafirma el recurso al cumplimiento forzoso de la obligación como una de las posibilidades de que dispone el acreedor ante el incumplimiento del deudor y que el único requisito requerido por la norma es el incumplimiento en especie de la prestación.

Ese mismo incumplimiento es requerido por la norma para la procedencia de la acción de resolución. Para su procedencia, la doctrina ha

referido que es necesario, en primer lugar, la bilateralidad de la obligación, en segundo término, el carácter culposo del incumplimiento, aun cuando se admite que éste pueda ser parcial. Es necesario, se afirma en tercer lugar, que la parte que intente la acción haya cumplido u ofrezca cumplir con su obligación. Finalmente, se requiere la intervención del juez para declarar la resolución.

Bien, la propia norma consagra la posibilidad de solicitar el resarcimiento de los daños que puedan resultar del incumplimiento, reafirmado la procedencia de la responsabilidad civil contractual.

En tal sentido, en cuanto a la acción de resolución del contrato electrónico es condición resolutoria implícitamente acordada por las partes en el contrato. La resolución se funda en la presunta intención de las partes que en caso de incumplimiento culposo por una de ellas, la otra se reserva el derecho de reclamar el resarcimiento de daños y la aplicación de la sanción. La resolución del contrato por incumplimiento de uno de los contratantes no es el efecto de la verificación de ninguna condición resolutoria, sino del requerimiento, judicial o extrajudicial, del otro contratante; los efectos de la resolución se verifican solamente por iniciativa del interesado.

La resolución del contrato electrónico depende de eventos típicos como son el incumplimiento de la prestación debida por la contraparte. El acreedor con la resolución, evita que se le siga causando daño con la inexecución de la prestación debida y limita la dimensión de los daños personales, morales y

materiales. Cuando el contratante incumpliese, restituyendo la prestación que la otra parte ha ejecutado, no es solamente sancionado, sino que obtiene una ventaja, en cuanto a la liberación de la obligación de ejecutar la propia prestación; lo que pone al acreedor y al deudor en el mismo plano.

En materia de contratación por medios electrónicos el reto es constante e inminente y los juristas deben enfrentar con espíritu crítico esta forma de contratación. En consecuencia, se debe aprehender la problemática actual que cada día trae la informática y adecuarla al derecho común vigente para contrastar si los presupuestos contemplados por el derecho vigente le son aplicables o no, pero no debe caerse, en lo que de común sucede cuando aparece un nuevo fenómeno social o tecnológico, de crear reglas especiales cuando basta con las normas ya existentes.

Por tanto el comercio electrónico sólo será una realidad en todo el mundo si existe la confianza necesaria en todos los agentes económicos que participan en el intercambio de bienes y servicios (Estado, empresa y consumidor). Ellos son los que deben crear los mecanismos de seguridad y generar la confianza suficiente de que su uso no creará problemas a los usuarios. Sólo mediante una confianza adecuada y con costos de transacción atractivos que generen mayores beneficios será posible el uso y la masificación del comercio electrónico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, W. (2003). **El Documento Electrónico y la Firma Electrónica como Prueba en el Proceso Civil Venezolano**. Caracas.
- Aguilar, J. (2002) **Contratos y Garantías. Derecho Civil IV** (12º ed). Caracas: Publicaciones UCAB.
- Baldo, E. (2005). **La Nueva Era del Comercio: El Comercio Electrónico**. Servicio de la Gestión Empresarial. (1era ed.) España: Ideas Propias.
- Bello, H. (2002). **Análisis crítico del régimen probatorio previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: Un enfoque procesal**. Caracas Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia.
- Cabrera, J. (1997). **Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre**. Caracas: Jurídica Alva.
- Carnelutti, F. (1971). **Derecho y Proceso**. Buenos Aires: Ejea.
- Chiovenda, G. (1997). **Curso de Derecho Procesal Civil**. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 6. México: Harla.
- Código Civil Venezolano. (1982). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 2.990**, Julio 26 de 1982.
- Código de Procedimiento Civil. (1990) **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 4.209** (Extraordinario), Septiembre 18 de 1990.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453** (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Couture, E. (1972). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. (3ª ed.). Buenos Aires: Ius.
- Davara, M. (1997). **El Documento Electrónico, Informático y Telemático, y la Firma Electrónica**. En: la Revista Actualidad Informática. España: Aranzadi.

- Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.** (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148. Febrero 28, 2001.
- Devis, H. (1995). **Teoría General de la Prueba Judicial.** Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Hurtado, A. (1991). **La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos.** (4ta ed.) Chile: Jurídica de Chile.
- Illescas, R. (2001). **Derecho de la Contratación Electrónica.** Madrid: Civitas Ediciones
- Jiménez, R. (2000). **Contratación Electrónica.** Derechos de los Negocios. Madrid: Junio.
- Manson, M. (1999). **Evolución de la Informática en el Desarrollo Social.** (documento en línea) Consultado el 12 de abril de 2010, en: [http://www.sappiens.com/sappiens/comunidades/comumini.nsf/l.%20La%](http://www.sappiens.com/sappiens/comunidades/comumini.nsf/l.%20La%20)
- Maduro, E. (2007). **Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Tomo II.** (11ma. Ed.), Caracas: Publicaciones UCAB.
- Melich, J. (1993). **Doctrina General del Contrato** (8va. Ed.). Caracas: Fabreton.
- Menéndez, J. (2005). **El Contrato Vía Internet. Protocolo de Umberto Beccia.** Barcelona: J. M. Bosch
- Montero, A. (1998). **La Prueba en el Proceso Civil.** Madrid: Civitas.
- Ossorio, M. (2006). **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Buenos Aires: Heliasta.
- Peñaranda, H. (2008) **El Documento Electrónico (Comercio Electrónico, actos luscibernéticos Procesales).** Maracaibo: Universidad del Zulia.
- Planiol, M. y Ripert, J. (1996). **Derecho Civil.** México: Pedagógica Iberoamericana.
- Quero, J., García, A. y Peña, J. (2007). **Explotación de Sistemas Informáticos: Mantenimiento de Portales de Información.** (1era ed.) España: Paraninfo.

- Rengel-Romberg, A. (1995). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano**. Caracas: Arte.
- Rengel-Romberg, A. (1994) **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Según el nuevo Código de 1987**. Volumen III y IV, Caracas: Arte.
- Rico, M. (2003). **La Aplicación de Técnicas Informáticas en el Campo del Derecho Procesal**. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Libros Homenaje N° 10. (131-148).
- Rico, M. (2005). **Comercio Electrónico Internet y Derecho**. (2da ed.) Colombia: Legis.
- Rodner, J. (2001). **El Negocio Jurídico Electrónico en Venezuela. La Regulación del Comercio Electrónico en Venezuela**. Serie Eventos, N° 16. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Ediciones Arauco.
- Salgueiro, J. (2004). **Contratación Electrónica**. [Revista en línea]. Consultado el 8 de abril de 2010: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=887>
- Universidad Católica Andrés Bello. (1977). **Manual para la elaboración del trabajo especial de grado para el área de derecho para optar al título de especialista**. Caracas: UCAB.
- Viso, M. (2004). **Formación del Contrato Electrónico: Un nuevo impulso a la unificación del derecho**. Colección Nuevos Autores N° 7. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia 2004.
- Vizcarra, Y. (2002). **Los Contratos Electrónicos en el Derecho Comparado**. Studia Jurídica N° 18. Facultad de Derecho de la UCV. Caracas.