



**UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES
ESCUELA DE DERECHO**

FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A TRAVÉS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Integrantes: Tania Alcayaga Olivares

Claudio Catalán Pérez

Cátedra: Seminario de Tesis

Profesor Guía: Gabriel Álvarez Undurraga

Santiago, 11 de enero de 2010

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
<u>CAPÍTULO I</u>	3
PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	
1 LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	7
2 NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA.....	8
3 COMPATIBILIDAD INTERNACIONAL.....	9
4 NO DISCRIMINACIÓN DE MEDIOS O EQUIVALENCIA DEL SOPORTE ELECTRÓNICO AL SOPORTE DE PAPEL.....	9
5 LIBRE COMPETENCIA.....	10
6 PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD.....	11
7 PRINCIPIO DE NO ALTERACIÓN NI MODIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS PRIVADOS.....	12
8 PRINCIPIO DE BUENA FE.....	12

<u>CAPÍTULO II</u>	14
---------------------------------	-----------

CLASIFICACIÓN Y ACTORES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1 EN CUANTO A LA CLASIFICACIÓN	14
A) Según los agentes que intervienen en el intercambio	14
A.1 Empresa – Empresa	14
A.2 Empresa – Administración	15
A.3 Consumidor – Administración	15
B) Según el grado de complejidad de las actividades desarrolladas	16
B.1 Actividades mínima complejidad	16
B.2 Actividades complejas	16
C) Según las características de los bienes y servicios	17
C.1 Comercio electrónico indirecto	17
C.2 Comercio electrónico directo	17
D) Según la tecnología utilizada	17
D.1 Comercio electrónico tradicional	17
D.2 Comercio electrónico basado en Internet	18
2 EN CUANTO A LOS ACTORES	18

A) Proveedores.....	18
A.1 Proveedores de servicios.....	19
A.2 Proveedores de alojamiento.....	19
A.3 Proveedores de red.....	19
B) Los portales.....	21
C) Creadores de nuevos mercados.....	22
D) proveedores de capital.....	23
E) Cadena logística.....	24
F) Organismos o entidades acreditadoras.....	26
<u>CAPÍTULO III</u>	28

**MARCO JURÍDICO - DOCTRINARIO APLICABLE AL COMERCIO
ELECTRÓNICO**

A) INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO.....	28
B) LEY QUE RIGE EL ACTO JURÍDICO CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	33
C) MOMENTO Y LUGAR EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO	

ELECTRÓNICO.....	36
C.1 Momento en que se forma el consentimiento.....	40
C.2 Lugar en que se forma el consentimiento.....	44
D). BREVE ANÁLISIS DE LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA.....	45
E) OTRAS NORMAS QUE DICEN RELACIÓN CON EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN CHILE.....	50
E.1 RESOLUCIONES DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS.....	50
E.2 DECRETO SUPREMO N° 81 DE 1999.....	51
E.3 AUTO ACORDADO N° 163 DE 13 DE OCTUBRE DE 2006.....	52
F) COMERCIO ELECTRÓNICO Y LEGISLACIÓN COMPARADA.....	53
F.1 LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS.....	54
F.2 UNIÓN EUROPEA.....	56
F.3 AMÉRICA LATINA.....	59
F.3.1 ARGENTINA.....	59
F.3.2 BRASIL.....	60
F.3.3 COLOMBIA.....	61
F.3.4 MÉXICO.....	64
F.3.5 PERÚ.....	66

CONCLUSIONES.....69

FUENTES.....73

INTRODUCCIÓN

Según la doctrina, se ha definido la contratación electrónica como "aquellos actos jurídicos bilaterales o convenciones que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos (y su correlativa obligación) y que se celebran a través de medios de comunicación y/o de medios informáticos".

Como todo acto jurídico bilateral, la formación del consentimiento, es decir, el intercambio de oferta y aceptación, de acuerdo a nuestra ley puede llevarse a cabo por cualquier medio posible, siempre que se cumpla con los requisitos que nos entrega nuestro Código de Comercio (artículos 98 y siguientes). La oferta y la aceptación pueden ser tácitas, incluso el silencio puede constituir manifestación de voluntad, esto último solo de manera excepcional. En otras palabras, la ley nos dice que no importa el instrumento por el cual se forma el consentimiento, lo fundamental es que se cumplan con los requisitos legales; sin embargo, nuestro legislador no fue tajante y dejó la puerta abierta para que los contratantes usaran el medio que más cómodo les fuera, por lo tanto, en principio, no existiría obstáculo para que el consentimiento se forme por medios electrónicos como son un computador o un fax por ejemplo, medios que obviamente el legislador de la época no pudo prever.

La Tesis a realizar, tiene como objetivo el análisis del problema práctico que se produce en los pasos previos y en el momento mismo del perfeccionamiento del consentimiento en los contratos mercantiles en que se han utilizado medios

electrónicos, los que si bien se encuentran relativamente reglados en cuanto a su forma, como se verá, entregan una serie de matices jurídicos durante su generación y su nacimiento a la vida jurídica, produciendo efectos, que en ocasiones se presentan de manera difusa, sin entregar la certeza jurídica requerida en todo acto jurídico.

En efecto, en ella intentaremos desarrollar el problema de la formación del consentimiento en los contratos celebrados a través de medios electrónicos, atendiendo a las posturas que al respecto existen, esto en consideración a la necesidad de establecer cuáles son los límites y la naturaleza de los actos jurídicos que comprenden esta práctica.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En una primera aproximación al tema, cabe constatar que el tratamiento de la moderna contratación electrónica se encuentra intrínsecamente unido con la ya conocida dogmática del derecho, en particular con el derecho de las obligaciones. En efecto, lejos de constituir realidades nuevas, tanto el comercio como la contratación son fenómenos reconocidos y tratados desde los inicios del fenómeno, lo que se ha intensificado en los últimos diez años. La novedad –hoy ya relativa realidad- la introduce el término “electrónica”, que entra en escena cuando los contratos se celebran y/o ejecutan por medios electrónicos y, particularmente, a través de redes de comunicación como Internet. Estamos, por lo demás, ante un fenómeno que se retrotrae a la tres últimas décadas del siglo pasado, si bien es cierto que el desarrollo alcanzado por la red Internet en la década de los noventa y comienzos de la actual alumbró un nuevo perfil de contratación electrónica, capaz de remontar los entornos electrónicos cerrados y privados y desenvolverse en entornos abiertos que resultan accesibles, no ya sólo a determinados operadores económicos, sino a todo tipo de sujetos, instituciones y empresas.

En cuanto a las peculiaridades de la contratación electrónica en Internet, la primera situación a tener presente es que éste es un temario de gran amplitud. No podemos, por tanto, detenernos, en un análisis exhaustivo y pormenorizado de las numerosas y complejas cuestiones que marcan el perfil diferenciador de este tipo de contratación. Las partes, ya sean empresarios o consumidores, pueden interactuar con finalidad comercial o contractual emitiendo las pertinentes declaraciones de voluntad a través de mensajes electrónicos generados e intercambiados mediante el empleo de equipos y sistemas telemáticos conectados entre sí por medio de redes de telecomunicaciones de proyección mundial; la operativa electrónica permite que el “texto” o contenido del contrato pueda visualizarse íntegramente en la pantalla del ordenador, siendo susceptible de archivo o copia a efectos de conservación, y por supuesto, de firma electrónica. Se prescinde, pues, de los documentos escritos tradicionales y de la clásica firma manuscrita, suplantados ahora en el nuevo contexto por sus equivalentes electrónicos.

Cabe señalar, por otra parte, que Internet representa el más paradigmático de los mercados hoy conocidos, gigantesco punto de encuentro de la oferta y la demanda a nivel mundial. En efecto, en Internet concurren sin presencia física todo tipo de sujetos, instituciones y empresas, ofertando y demandando bienes y servicios de la más variada índole, sin que las distancias geográficas y las diferencias horarias constituyan impedimentos insalvables a la hora de la contratación. Todo ello sin perjuicio de las ventajas anudadas al llamado comercio electrónico “directo”, fórmula que permite a las partes contratantes abordar todo el

proceso de contratación dentro del propio espacio virtual en el que interactúan y tomar decisiones de mercado en tiempo real.

Cabe afirmar entonces, que Internet propicia un tipo de contratación, sin duda, peculiar, en la medida en que se desenvuelve entre los operadores económicos en un contexto virtual, desterritorializado, abierto y de proyección global que responde al perfil descrito. Esto marca importantes diferencias tanto con la tradicional contratación entre presentes, como con las restantes formas de contratación a distancia consideradas más o menos novedosas antes del boom de Internet (contratación por teléfono, fax, televentas, etc). Asimismo, introduce nuevas y complejas problemáticas hasta hoy desconocidas en nuestros sistemas jurídicos y en nuestra práctica comercial.

Pues bien, esta nueva contratación electrónica, que en buena medida aún está en fase de despliegue inicial, se gobierna y queda sometida a una serie de principios de validez universal, transversales, que por ello mismo habrán de ser reconocidos y establecidos por los distintos ordenamientos jurídicos, y aplicados con carácter general al contexto electrónico y, de manera particular, a la contratación a través de Internet. La exposición y análisis de tales principios constituyen uno de los objetivos prioritario de la tesis que se presenta.

En efecto, el comercio electrónico en materia de derecho, encuentra sus fundamentos en diversos principios, que básicamente se traducen en los ya existentes en materias generales como son el principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, el principio de la buena fe y el principio de la libre competencia, los cuales se encuentran presentes en las diversas ramas del derecho, pero cobran especial importancia en lo relativo al comercio electrónico.

No obstante lo anterior, se han desarrollado ciertos fundamentos que dicen relación directa con los elementos constitutivos, características propias e instituciones relativas al comercio electrónico, y de esta forma han surgido nuevos principios, recogidos por la legislación existente y aplicados, ya sea de forma expresa o bien inmersos en ella; como son el principio de libertad de prestación de servicios, relativo a los organismos que otorgarán un determinado suministro de información para el normal y buen desempeño del sistema, el principio de neutralidad tecnológica, el principio de compatibilidad internacional, la no discriminación de medios o equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel, el principio de voluntariedad al sistema de acreditación, estrechamente ligado al de libre prestación de servicios, el principio de libre acceso al sistema, el principio de confidencialidad, el principio de integridad y el de libre competencia, entre otros:

En definitiva, los principios mencionados anteriormente son los que se consagran en las leyes y proyectos de leyes de comercio electrónico y que conforman las bases esenciales de la regulación jurídica en esta materia. Desde ya, podemos señalar que doctrinariamente, el comercio electrónico consagra estos principios, según, a continuación se detalla:

1. LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Este principio también llamado por algunos de la libertad de provisión de servicios, dice relación con los terceros que serán los organismos encargados de prestar una determinado servicio. Lo que implica la prestación de servicios de certificación, esto, para que el sistema funcione de manera transparente y exista seguridad y certeza jurídica en el medio, no sólo en el medio ordinario y común en que se realizan las transacciones, sino también en el mundo digital.

Los prestadores de servicios de certificación, son los responsables de confirmar la identidad del usuario, estos deben poder prestar sus servicios sin necesidad de certificación previa.

Lo que se traduce, que en definitiva, en un sistema u ordenamiento jurídico debe existir una pluralidad de entes certificadores prestadores de servicios a los usuarios.

2. NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

El principio de la neutralidad tecnológica de la regulación supone, como lo indica su nombre, no regula explícitamente el uso de ciertas tecnologías determinadas, sino que regla sus efectos. De forma tal, que si cambia la tecnología todos los efectos derivados de los actos o contratos realizados por medios electrónicos o a través de ellos quedarían igualmente sujetos a esta normativa, la que debiera ser más bien amplia.

En definitiva, implica la no discriminación con respecto a mecanismos de autenticación que se puedan desarrollar a futuro. Lo anterior debido a que las instituciones más básicas se encuentran relacionadas con objetos que por su naturaleza están en una constante y rápida mutabilidad derivada del avance tecnológico existente no sólo en cada país sino que en el mundo entero.

De esta forma, la relativa imparcialidad de las normas frente a la tecnología pueden engendrar sistemas de confianza permanentes y basados en actitudes necesarias para reforzar el tránsito de los sujetos desde la economía real a la nueva economía virtual y globalizada a la que se pretende llegar.

3. COMPATIBILIDAD INTERNACIONAL

La idea es que exista una estructura legal que permita lograr acuerdos de reconocimiento mutuo o de acreditación internacional para que los proveedores de servicios de certificación puedan garantizar los certificados emitidos por ellos y los de otros terceros países y viceversa.

Este principio procura la transparencia de los métodos y procedimientos de certificación y acreditación de certificadores, junto con la estandarización de las prácticas de creación, reconocimiento y protección de los actos electrónicos y de los documentos en que estos constan.

Por lo tanto, se busca que el sistema opere tanto a nivel local como internacional, de manera tal que se forme una comunidad de intereses.

4. NO DISCRIMINACIÓN DE MEDIOS O EQUIVALENCIA DEL SOPORTE ELECTRÓNICO AL SOPORTE DE PAPEL

El objetivo que busca este principio es igualar los efectos jurídicos entre la firma electrónica y la firma ológrafa o manuscrita.

Pero al mismo tiempo, implica una equivalencia en los medios que contiene dichas firmas, esto es el soporte de papel, medio utilizado para suscribir contratos, emitir declaraciones, realizar transacciones, y un sin fin de actos que, en definitiva,

implica dejar constancia efectiva de la realización de un determinado hecho, acto u obligación con la posibilidad de que exista una constancia efectiva, certera y real en el medio electrónico de su existencia, que se traduce en la creación de un documento electrónico o archivo de datos que, en consecuencia, será aquel que contenga los datos, pero esta vez en un soporte electrónico.

Entonces, de acuerdo a lo señalado, no es posible restar validez a una firma, acto o documento electrónico por el solo hecho de ser tal; sino que, debe aplicarse un criterio amplio y adecuado conforme a la realidad tecnológica que se está viviendo y desarrollando en el mundo entero. De esta manera, un documento electrónico, mensaje de datos o información que se encuentre contenido en un soporte electrónico, ya sea que se trate de un medio electrónico, digital, magnético, óptico u otra forma de tecnología similar, tiene la misma validez legal que el tradicional documento escrito, cumpliendo ciertos requisitos, que como es de conocimiento, se encuentran considerados en la legislación vigente.

5. LIBRE COMPETENCIA

El principio de libre competencia en el mercado, que es una expresión de un principio tradicional y clásico de la economía contemporánea, implica que los sistemas jurídicos deben garantizar la libre concurrencia de oferentes y demandantes en el comercio electrónico. Debe, por lo tanto, existir libertad de acceso al sistema, al mercado, facilitando la entrada para quienes ofrezcan

servicios de entes certificadores por ejemplo, y también para todos aquellos que deseen ingresar al sistema que ofrece el comercio electrónico, ya sea como oferentes o demandantes de determinados servicios o productos. Esto implica que no pueden los concurrentes desarrollar prácticas monopólicas o abusos de posición dominante.

6. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD

Este principio, se encuentra vinculado estrechamente a todos aquellos organismos de certificación creados al implementarse la infraestructura para el desarrollo del comercio electrónico, esto es, los entes u organismos certificadores de firmas electrónicas.

Este principio, entonces, se refiere a la confidencialidad que merece la información otorgada por los usuarios a las empresas prestadoras de servicios de certificación, en relación con los datos personales de los suscriptores de certificados digitales o electrónicos y firmas electrónicas. A pesar de tratarse de un principio que no se encuentra expresamente consagrado en los textos positivos existentes, se aprecia su presencia de manera inequívoca luego del análisis en particular de las leyes que hacen referencia al comercio electrónico o a la firma digital.

7. PRINCIPIO DE NO ALTERACIÓN NI MODIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS PRIVADOS

El comercio electrónico no implica una modificación sustancial del actual derecho de obligaciones y contratos, esto, teniendo en cuenta que la electrónica y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones, son simplemente un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales o prenegociales. Por ello, no puede modificarse el derecho preexistente referente a la perfección, desarrollo y ejecución de los contratos.

Sin embargo, no se puede negar que la generalización en la utilización del comercio electrónico, en relación con determinados contratos, ha dispuesto un cambio en el derecho, esto, como consecuencia en muchas oportunidades, del vacío jurídico que se presenta al momento de identificar los problemas y soluciones de los aspectos más destacables del comercio electrónico.

8. PRINCIPIO DE BUENA FE

Este principio es una reafirmación del fundamento que informa en términos generales todo el derecho, en especial, para el tema que nos ocupa, cuando se hace referencia al intercambio nacional e internacional de bienes y servicios. Al hablar de comercio electrónico, este principio adquiere especial relevancia, por

cuanto las características del intercambio, que se realiza por medio de los soportes tecnológicos, se fundan en la confianza entre los contratantes.

Finalmente, y a modo de conclusión, podemos señalar que los principios mencionados son los que se consagran en las leyes, proyectos de leyes de comercio electrónico y la doctrina, conformando en si las bases esenciales de la regulación jurídica en esta materia sirviendo de base y pilar de las complejas relaciones que se generan entre los participantes del mundo del comercio electrónico.

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN Y ACTORES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. EN CUANTO A LA CLASIFICACIÓN

Respecto de este acápite, consideramos atender el tratamiento del tema dado por la autora española doña Ana del Águila¹, quien entrega una serie de criterios destinados a agrupar al comercio electrónico, siendo estos los siguientes:

A) Según los agentes que intervienen en el intercambio

A.1 Empresa – Empresa

Es cualquier intercambio que tenga lugar entre dos organizaciones. Este tipo de comercio electrónico proporciona nuevos canales de comunicación, intercambio, selección de información y facilita la implementación de estrategias de cooperación; además propicia la aparición de nuevos intermediarios, toda vez que presupone la existencia de un intercambio electrónico de datos. De esta forma, se posibilita que las distintas organizaciones implicadas en la producción,

¹ Del Águila, Ana. Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la Economía Digital. Ed. Alfaomega. Madrid.

comercialización y venta de un determinado producto puedan acceder a través sus ordenadores de modo que las transacciones comerciales, y demás cuestiones de la naturaleza del intercambio, se manejen de forma conjunta y automáticamente.

La supervivencia de este sistema, a diferencia de Internet, radica en que garantiza la seguridad y continuidad en la transferencia de información, virtudes, que escapan de la tutela de una red abierta a todo público.

Sin perjuicio de lo anterior, la aparición de una amplia gama de negocios han llevado a optar a los intervinientes de estos sistemas, por uno más rápido y universal, pero vulnerable (Internet). La dificultad en la aplicación de esta tecnología reside en que tanto proveedores como clientes de la empresa deben utilizarla, y no siempre esto resulta posible debido a la gran inversión que ello supone.

A.2 Empresa – Administración

Es la relación que se produce a través de redes de telecomunicación entre una organización y la Administración Pública.

A.3 Consumidor – Administración

Es la relación originada entre los ciudadanos y la Administración Pública a través de redes de telecomunicación para la obtención de información, el pago de impuestos, emisión de certificados y tantos otros trámites a los que se puede

acceder a través de medios electrónicos.

B) Según el grado de complejidad de las actividades desarrolladas

B.1 Actividades mínima complejidad

Son aquellas que se suelen realizar a través de los portales www. En este caso, los costos son soportados por la organización, siendo de bajo costo y tiene el atractivo de no exigir grandes requisitos para acceder a la información publicada para los consumidores o agentes.

B.2 Actividades complejas

Podemos considerar, entre otras, la venta y distribución de productos y servicios en el ámbito nacional e internacional y pagos electrónicos. La complejidad de estas actividades, radica principalmente en los requisitos exigidos, por ejemplo, para la seguridad en el pago y certeza de los servicios post venta. Como es de conocimiento, las gestiones señaladas, son eminentemente actividades complejas, por cuanto involucran una serie de mecanismos y legislaciones aplicables que no son fácilmente comprensibles por las partes en la relación de consumo.

C) Según las características de los bienes y servicios.

C.1 Comercio electrónico indirecto.

Consiste en la solicitud por medios electrónicos de determinados bienes (no servicios), siendo la entrega realizada a través de los diversos sistemas de correspondencia o mensajería.

C.2 Comercio electrónico directo.

En este caso, particularmente, el pedido y entrega de bienes intangibles, se realiza vía on-line. Según Carrasco Blanc² “la diferencia radica que en el comercio electrónico directo la operación desde principio a fin se efectúa en forma digital, mientras que en el indirecto, sólo una parte de la operación se efectúa a través de medios digitales.” Dentro de esta clasificación, encontramos algunos servicios como aquellos prestados por las instituciones financieras.

D) Según la tecnología utilizada.

D.1 Comercio electrónico tradicional.

Es aquel en que sólo intervienen empresas, utilizando redes cerradas y de

² Carrasco Blanc, Humberto. Contratación Electrónica y Contratos Informáticos. Ed. La Ley. Santiago (2000). p. 111.

propiedad de los participantes, siendo su principal ventaja que ellos son conocidos y dignos de confianza de la seguridad y diseño de la red.

D.2 Comercio electrónico basado en Internet.

Es aquel de uso común y generalizado, en que sólo se utiliza Internet como plataforma tecnológica, lo que facilita un entorno económico globalizado y abierto, existiendo un número ilimitado de participantes (oferentes y demandantes), quienes, entre si, pueden ser conocidos o desconocidos, por lo que se requiere, para el éxito de las operaciones, medidas de seguridad y autenticación.

2. EN CUANTO A LOS ACTORES

Innumerables son los intervinientes en la celebración de un negocio jurídico que se perfecciona por medios electrónicos. A continuación, se hará referencia sólo a aquellos considerados como imprescindibles, siendo estos los siguientes:

A) Proveedores

Conforme lo expone el Profesor Fernández Delpech³, se distinguen dentro de esta categoría distintos tipos de proveedores, los que se subclasifican de la siguiente manera:

³ Fernandez Delpech, Horacio. Internet: Su Problemática Jurídica. Ed. A.Perrot. Buenos Aires. (2001)

A.1 Proveedores de servicios

Es la denominación común para dos tipos de sujetos que posibilitan la conexión entre el usuario y el proveedor de contenido.

- i. Los proveedores de acceso, son quienes brindan a los usuarios individuales el servicio de conexión con Internet a través de un server de gran poder conectado a la red, a fin de poder llegar así a los distintos sitios.
- ii. Por su parte, el proveedor de contenido, creador de una página o sitio requiere también los servicios de estos proveedores de acceso, a fin de poder incorporar su sitio.

A.2 Proveedores de alojamiento

Son quienes brindan el servicio de alojamiento de página web en su propio servidor, independiente de otros servicios adicionales que proporciona.

A.3 Proveedores de red

Son quienes brindan una estructura técnica (líneas telefónicas, de cable o antena), a fin de que el usuario se conecte a través del proveedor de acceso con la página o sitio almacenado por el proveedor de alojamiento. De esta forma, se completa el circuito en que el usuario individual accede a los contenidos incorporados por el proveedor de contenidos.

Al respecto, nuestra jurisprudencia, si bien aún no establece una dirección que nos

permita determinar a ciencia cierta, cual es la postura de nuestra legislación frente al fenómeno tecnológico en estudio, sin duda, ha logrado establecer lo que entendemos por actores de Internet y la responsabilidad que le cabría a cada uno de ellos. En efecto, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia dictada en Recurso de Protección interpuestos en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A, ENTEL S:A, de fecha 6 de diciembre de 1999 a dispuesto respecto de la controversia sometida a su conocimiento que: “El proveedor de acceso permite que un determinado usuario se conecte con la red Internet, que de no existir este acceso haría imposible la comisión del ilícito y el proveedor de sitio de almacenamiento, en la medida que permite que un determinado sitio web en el que se cometen actos ilícitos permanezca almacenado en su propio servidor, que de no contar con este dispositivo técnico, haría imposible la existencia o permanencia de ese sitio web, en Internet, y el proveedor de contenido, por ser el que directamente incorpora contenidos ilícitos bajo su tuición en un determinado sitio web”⁴.

Al respecto, la doctrina señala que “el proveedor de acceso es el único que puede ofrecer la identificación de los infractores. Es el único que tiene las herramientas técnicas para evitar que continúen produciéndose perjuicios a las personas agraviadas en su honra como en sus bienes...”, y en último caso, “el proveedor de acceso es definitivamente el único vínculo existente con los usuarios que cometen ilícitos.”

Asimismo se establece que compete “al proveedor de acceso y de alojamiento

⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia y la Gaceta Jurídica de los Tribunales. Mayo N°239 (2000) p. 229.

adoptar todas las medidas necesarias (que no signifique censura) para que en lo sucesivo el proveedor de contenido se abstenga de publicar avisos que en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral o las buenas costumbres.”

B) Los portales

Los portales son los puentes de acceso a un sitio web, que sirve o pretende servir como sitio principal de partida para personas que se conectan a Internet.

Algunos portales vienen configurados de la siguiente manera:

1. Los que están insertos en el disco de instalación del proveedor de acceso.
2. Los que vienen como página de inicio en los navegadores, como es el caso de Microsoft Explorer; o
3. Los que deben ser seleccionados por el usuario, por ejemplo en Google.com

Los portales se pueden clasificar en horizontales y verticales:

1. Los horizontales son de alcance general, se encargan de pre-clasificar temas dentro del género respectivo como noticias, deportes, compras, etc. También, pueden ser sitios de interés comercial o que presten servicios de

mecanismos de búsqueda.

2. Los verticales se especializan en un tema determinado o se dedican a prestar sus servicios en un área geográfica determinada.

C) Creadores de nuevos mercados

La principal tarea de estos nuevos mercados consiste en ofrecer servicios relevantes, crear marcas reconocibles, crear una infraestructura funcional. En otras palabras, deben promover la adopción del comercio electrónico por parte de una gran cantidad de población, teniendo en cuenta en esta tarea el interés común.

En una primera época, el comercio electrónico entre empresas se limitó a lo que conocemos como extranets⁵, sistemas que automatizaban procesos de compra-venta entre socios o proveedores, como fue el caso de General Electric, General Motors y Cisco Systems, entre otras.

Posteriormente, se vio nacer nuevos modelos de negocios basados en la interacción de múltiples compradores y vendedores, dando lugar a lo que se conoce como “mercados virtuales”.

⁵ Una extranet es una extensión del sistema de información de la empresa para los socios que están afuera de la red.

En estos mercados virtuales se reúnen verticalmente y en un solo espacio compradores y vendedores de un determinado sector, por ejemplo, insumos farmacéuticos, metales, entre otros productos que son aptos para su migración a la nueva economía, dado el costo y tiempo que implica realizar sus transacciones habituales a través de medios tradicionales como el teléfono o el fax.

Además, se permite reunir todos los pasos, desde las cotizaciones de los distintos oferentes hasta concretar la compra individual o colectiva, proporcionando transparencia y mayor eficiencia sistemática.

D) Proveedores de capital

En sus comienzos, la infraestructura de Internet fue desarrollada por agencias estatales o por universidades. Sin embargo, actualmente el capital privado ha hecho su aparición incorporando títulos de capitalización e inversión especializados en Internet, los cuales dieron el financiamiento inicial para los nuevos modelos de negocio empresa-consumidor y empresa-empresa. Luego de ello, también colaboraron a este negocio las distintas bolsas de comercio.

En América Latina, las empresas relacionadas con la nueva economía han debido recurrir al mercado norteamericano, a consecuencia de la poca liquidez y en algunos casos inestabilidad de las bolsas locales, su escasa familiaridad con el fenómeno Internet y, su marcada aversión al riesgo. En Chile, aún no se ha

difundido el uso de estos mecanismos de financiamiento para la expansión internacional de empresas relacionadas con Internet.

E) Cadena logística

Se denomina Cadena Logística a las etapas de distribución que deben seguir los bienes para llegar al consumidor final.

Como se sabe, el área del transporte mundial, está lleno de trabas y obstáculos, lo que implica un aumento de costos y de eficiencia. Sin embargo, existe un proceso de apertura de diversas rutas mundiales, entre las cuales está Miami como centro de carga y despacho para Latinoamérica. En Europa sucede lo mismo con la ciudad de Amsterdam.

En el caso chileno, los enlaces y convenios entre empresas de transporte son una tarea por desarrollar, ya que nuestro país no es un lugar de paso, sino que constituye o el principio o el final de una larga cadena de distribución. Por ejemplo, si se celebra una compra por medios electrónicos, cuyo producto llega por avión a Santiago y enviado a una determinada dirección en provincia, se necesitan varios enlaces que lo lleven desde el origen, o sea, la bodega del proveedor, hasta su destino final, del Aeropuerto de Santiago es transportado a un centro de distribución interurbano, donde se consolidará junto a otros envíos provenientes de otras partes del mundo. Allí, ocurre un nuevo traspaso de carga y documentos

desde el centro de recepción hasta el destinatario final, que será la bodega o el domicilio del receptor. Toda esta cadena logística puede alcanzar altos niveles de complejidad y debe estar dotada de sistemas que ordenen, canalicen y validen la documentación comercial y aduanera, que permitan rastrear la carga a través de todas sus etapas. Es en este punto donde, según el Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo 2001, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, los servicios logísticos tienen como principal carencia la falta de integración general entre los diversos sistemas utilizados para el desarrollo de las distintas funciones que estos servicios implican, carencias que se puntualizan, entre otras en:

- i. La existencia de numerosos y variados requisitos en lo que se refiere a los documentos que han de expedir las autoridades, documentos comerciales y documentos de transporte.
- ii. La falta de armonización de los procedimientos aduaneros y los sistemas de clasificación arancelaria.
- iii. La falta de transparencia de muchos reglamentos, que impiden prever con exactitud los costos y las fechas de entrega.
- iv. Las carencias de infraestructura físicas y recursos humanos de las administraciones de aduanas, y falta de cooperación entre las administraciones de diferentes países.
- v. La corrupción imperante entre los funcionarios de aduana de muchos países conlleva también demoras, costos elevados y distorsión de la

información comercial.

Así, para aumentar la eficiencia de esta cadena, se propone la antedicha Institución, establecer condiciones comerciales que permitan obtener información suficiente sobre la descripción de los productos y su procedencia y destino, para que tanto vendedores y compradores, puedan conocer la ubicación y el estado de los productos en cada momento, desde su expedición hasta su entrega, lo cual puede lograrse mediante la simplificación, automatización y plena armonización de la información comercial en todos los países y la eliminación de las reglamentaciones y prácticas restrictivas aplicadas por los gobiernos a las actividades de exportación e importación.

E) Organismos o entidades acreditadoras

La Autoridad en esta materia para el caso chileno la Subsecretaría de Economía Fomento y Reconstrucción, por sí misma o mediante la intervención de una entidad autorizada para tales efectos, verifica la identidad del solicitante de una firma digital o de un certificado antes de su expedición. Para tales efectos, entendemos por certificados aquellos documentos que recogen ciertos datos de su titular y su clave pública y están firmados electrónicamente por la autoridad de certificación utilizando su clave privada. La Autoridad, de Acreditación o Certificación, es un tipo particular de prestador de servicios electrónicos que

legítima ante los terceros la relación entre la identidad de un usuario y su clave pública. La confianza de los usuarios es importante para el funcionamiento del servicio y justifica la filosofía del sistema, pero podemos señalar la necesidad de existencia de un procedimiento más normalizado para demostrar dicha confianza.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO - DOCTRINARIO APLICABLE AL COMERCIO ELECTRÓNICO

A) INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

A la formación del consentimiento electrónico, en principio, le son aplicables las reglas generales provenientes del Derecho Civil que informan tal materia, al respecto, se reconocen, tres teorías relevantes para determinar el momento en que se forma el consentimiento en los actos o contratos celebrados a través de medios electrónicos. Las teorías, que podemos distinguir, son las siguientes:

- i. En primer lugar, encontramos la teoría de la "Declaración de Voluntad", conceptos regulados en las distintas legislaciones, y particularmente en la nuestra, en el Código Civil, en su artículo 1445 en lo relativo a los requisitos de validez del acto jurídico, que prescribe que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; y, ya derechamente, en lo relativo a materias mercantiles, en el Código de Comercio artículos 98 al 108, que regulan la oferta y aceptación.

- ii. En segundo lugar, encontramos la "Teoría de la Expedición", por cuanto cobra importancia el momento del perfeccionamiento del contrato, puesto que, en esa instancia se determina la legislación aplicable para el caso concreto. No basta, entonces para esta teoría, la manifestación de la aceptación, sino que es necesario que dicha aceptación haya sido dirigida al oferente y que necesariamente éste le haya recibido. De acuerdo a lo anterior, la convención se formaría desde que el aceptante se ha desprendido de su manifestación de voluntad.
- iii. Como tercera postura, encontramos la "Teoría del Conocimiento". Esta teoría nos señala que para que el consentimiento se forme, es necesario que la declaración de la aceptación haya llegado a conocimiento del oferente, es decir, que haya tomado conocimiento real o efectivo en ella.

Las señaladas son las teorías o posturas más relevantes en cuanto al momento efectivo de formación del consentimiento en los actos o contratos celebrados a través de medios electrónicos, las cuales serán utilizadas dependiendo de la legislación aplicable de cada país.

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

En el caso chileno, discordamos de la idea de que necesariamente haya de recurrirse al Código de Comercio para formular una teoría general de formación del consentimiento en el ordenamiento jurídico nacional, punto siempre discutido por la doctrina nacional, hoy parece más adecuado, dadas las intensas transformaciones que ha venido sufriendo el Derecho en los últimos años, atender la tesis de Díez-Picazo⁶ quien, refiriéndose a la insuficiencia del Código Civil español, en la misma materia, propone, para la integración e interpretación del proceso de formación del contrato, recurrir a los proyectos internacionales de unificación del Derecho de contratos, entre ellos el Código de Comercio Unificado de Estados Unidos y, especialmente, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como a los trabajos que en doctrina se han venido desarrollando con el mismo propósito en el ámbito europeo.

A mayor abundamiento, dado el claro avance de la normativa tendiente a la unificación del Derecho europeo de contratos en relación a la situación del Código Civil, y la innegable influencia que seguramente tendrá en el derecho nacional en las próximas décadas, tendremos en cuenta tal normativa internacional, así como la interesante labor doctrinal, sobre todo internacional, desplegada en los últimos años, en el convencimiento que son una útil herramienta para la comprensión del fenómeno de la formación del consentimiento en el derecho electrónico nacional, así como por la íntima convicción de que los procesos de integración comercial en los que participa nuestro país, lo llevará inexorablemente, más temprano que tarde, a la conclusión de que la pertenencia a tales bloques económicos

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

demandará procesos de unificación de la normativa referida al derecho patrimonial, como una herramienta que facilitará el comercio y el progreso de las naciones, tal como sucede actualmente con los procesos europeos que se encuentran desarrollando para tal finalidad.

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

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

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

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

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

B) LEY QUE RIGE EL ACTO JURÍDICO CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Es importante determinar cuál será la legislación aplicable en caso de dudas o controversias que pudieren suscitarse con ocasión de la celebración de un contrato electrónico o de un acto jurídico que ha sido celebrado por medios electrónicos.

Es pertinente hacer la distinción doctrinaria entre la forma y el fondo de los actos, esto es el estatuto jurídico de las obligaciones. En cuanto al fondo, en virtud del acto jurídico electrónico, se dará nacimiento a distintas obligaciones que no por el hecho de tratarse de una transacción realizada en un medio virtual vayan a adquirir el carácter de obligaciones virtuales sino que simplemente se tratará de obligaciones civiles y o comerciales en su caso.

Con respecto a la forma de los actos, esto es a las solemnidades exigidas por la ley, rige en pleno el principio *Lex Locus Regit Actum*, principio consagrado en nuestra legislación en los textos positivos del Derecho Civil y Mercantil, por ejemplo en el artículo 17 del Código Civil, que señala que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, aunque se refiere a un medio escrito particularmente a un instrumento público, también cabe citar el artículo 1027 y el artículo 15 del mismo código en lo concerniente a las solemnidades exigidas por la ley y a la consagración de este principio que señala que regirá la ley del lugar de celebración u otorgamiento. En lo concerniente a los demás actos jurídicos, la jurisprudencia de la Corte Suprema

estima que el principio señalado tiene una aplicación amplia y general, referida tanto a los instrumentos públicos como privados, y hay que considerar lo que se señala en el Código de Derecho Internacional Privado el cual no establece una regla general para el efecto, pero en varias instituciones se señala que regirá la ley del lugar de celebración, por ejemplo en lo relativo al matrimonio. Por último, cabe tener presente que al ser el Código Civil una ley general y de derecho común cabe su aplicación en materias generales, y más aún en materias de comercio electrónico en donde ya no se trata de un derecho público o privado, nacional o internacional, sino que estamos en una esfera de carácter universal donde procede la aplicación de los grandes principios rectores en materia de derecho.

Y como ya se ha señalado, también hay que referirse al fondo de los actos, en este aspecto, tanto en derecho comparado como en nuestro derecho nacional, los contratos internacionales como asimismo las obligaciones que ellos engendran se someten a la ley de la autonomía de las partes o autonomía de la voluntad, es decir aquella manifestación del consentimiento que realicen libremente las partes involucradas en un contrato en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en nuestros textos positivos, por ejemplo en el artículo 16 inciso 2º del Código Civil y en el artículo 113 del Código de Comercio, que se trata de un artículo muy amplio, en cuanto a la libertad para la elección de la ley.

Entonces, si las partes en materia de contratos internacionales han señalado cual será la ley aplicable, no habría problema, ya que la competencia ha quedado fijada.

Sin embargo, en caso contrario, si no se ha señalado cuál es la ley competente para regular un contrato internacional, se puede recurrir a los tratados internacionales, especialmente al Código de Bustamante, suscrito por numerosos países, y que señala algunas reglas de soluciones para este caso, distinguiendo si se trata de un contrato de adhesión, en este caso el juez que está conociendo del asunto, deberá aplicar la ley de aquella parte que ofrece o prepara el contrato, y para los demás contratos, aplicará la ley personal común de los contratantes, la que podrá ser la ley del domicilio, de la nacionalidad, etcétera, eso dependerá del juez de que Estado esté conociendo del asunto, y en caso de no existir ley común para los contratantes, aplicará la ley del lugar de celebración del contrato.

Sin embargo, al tratarse de un acto o contrato que ha sido celebrado a través de redes computacionales, no existe un espacio físico, por lo tanto resulta pertinente considerar la aterritorialidad de Internet, ello porque no puede pretenderse que una ley determinada de un país determinado rija un acto celebrado en un espacio virtual, ya que se trata de un espacio sin fronteras físicas o geográficas lo que finalmente podría llevar a los distintos países a crear legislaciones que sólo serían aplicables en su territorio, y a las crecientes disputas que pudieran producirse por ello, entonces cabe tener presente que la mejor manera de controlar o mejor dicho tratar de controlar y así dar seguridad y certeza jurídica a los usuarios es la creación de una ley marco, esto es, una normativa que sea capaz de adecuarse, es por ello que los distintos países debieran legislar en sentido lato, con amplitud de criterio, y normando los aspectos más básicos de las transacciones conforme a las normas internacionales existentes en el derecho tradicional, adecuándolas a

las nuevas tecnologías, pero sin caer en la tentación de tratar de regular casi todo lo referente al comercio electrónico dado que las circunstancias actuales del mundo harían que una legislación muy pormenorizada quedara obsoleta en el corto plazo.

Por último, se puede apreciar que en definitiva aun a pesar de tratarse de un acto jurídico electrónico, que difiere de los tradicionales en la manera de su celebración, ya sea que se trate de un acto o contrato que se celebra en un espacio virtual como lo es Internet, cabría en definitiva la aplicación de los principios básicos y universales consagrados en todos los países del globo para el caso de no existir regulación con respecto al tema.

C) MOMENTO Y LUGAR EN QUE SE FORMA EL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

Resulta de suma importancia, determinar cuándo se produce la formación del consentimiento en los actos o contratos que se celebran por medios electrónicos, o a través de redes públicas como Internet, esto, porque la relación existente entre las partes se desarrolla en la vía electrónica, se produce una interacción en un lugar que es distinto del medio físico tradicional a través del cual se producen las relaciones humanas, esto es en un espacio virtual, donde no existe un contacto directo físico entre las partes.

Entonces, surge la interrogante que se plantea en el derecho sobre qué teoría sobre la formación del consentimiento cabe aplicar.

Atendido que existen distintas teorías ¿cuál de ellas será la más adecuada en este ámbito? La teoría de la declaración de voluntad, la teoría de la expedición, la teoría de la recepción o la teoría del conocimiento.

Con respecto a la formación del consentimiento, lo primero es determinar qué es el consentimiento, para ello haremos referencia al concepto dado por el profesor don Arturo Alessandri Rodríguez, quien señala que “el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un nuevo objeto jurídico y que se compone de dos actos sucesivos y copulativos, estos son la oferta y la aceptación”.

Los conceptos entregados, regulados en las distintas legislaciones, y particularmente en la nuestra en el Código Civil, artículo 1445, en lo relativo a los requisitos de validez del acto jurídico, y en el Código de Comercio en los artículos 98 al 108, que regulan la oferta y aceptación.

La oferta, como la han definido los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva “es un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato en términos tales que para que este quede perfecto basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte.”

La aceptación, es el acto jurídico unilateral por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella.

Entonces, una vez producida la aceptación precedida de la oferta, tenemos el consentimiento.

La oferta debe estar vigente al momento de producirse la aceptación, la aceptación debe ser oportuna y debe ser pura y simple.

Lo que se ha señalado anteriormente tiene plena cabida en materia de comercio electrónico, ya que se trata de reglas generales aceptadas universalmente.

Pero lo que sí cobra importancia es el momento del perfeccionamiento del contrato, ya que es ahí donde, dependiendo de la legislación aplicable, será la teoría del consentimiento que se aplique.

En general, podría sostenerse a modo de una primera aproximación que la teoría aplicable en materia de comercio electrónico sería la de la teoría de la declaración de la voluntad.

Cabe señalar que en materia de perfeccionamiento de los actos y contratos celebrados telemáticamente, esto es, a través de medios electrónicos, surge la interrogante sobre a partir de qué momento se entiende perfecto el contrato y por consiguiente, cuándo este ha nacido al mundo jurídico.

Nuestra legislación, específicamente la Ley sobre Firma Electrónica, no contiene reglas expresas sobre la materia, razón por la cual son plenamente aplicables al momento en que el contrato se entiende perfeccionado las reglas contenidas en los artículos 98 al 108 del Código de Comercio, siendo especialmente relevante en el Código Civil el artículo 1445, normas de las cuales se extrae el principio en virtud del cual el contrato se entiende perfecto una vez que existe en el destinatario de la oferta la voluntad de aceptarla, debiendo expresarse ésta en

forma externa, es decir exteriorizando su aceptación. En definitiva, el aceptante ha manifestado su voluntad de aceptar la propuesta del oferente, consagrándose, según consideramos de forma correcta, claramente la teoría de la declaración de voluntad, procedimiento con especial aplicación en el ámbito del comercio electrónico, ya que en nuestra opinión el contrato se entiende perfecto una vez que el aceptante ha manifestado su voluntad, de forma tal que, al haber una propuesta de celebrar un contrato electrónico enunciada por el emisor de un mensaje de datos al receptor del mismo, quedará perfeccionada cuando este último manifieste o exteriorice de cualquier forma su voluntad.

Por lo tanto, en materia de comercio electrónico dependerá, en definitiva, de cada legislación, siendo las teorías más utilizadas la del conocimiento y la de la expedición, sin embargo, como señalamos anteriormente, consideramos que en virtud de lo señalado en nuestra legislación, debemos seguir la teoría de la declaración de voluntad, por cuanto no podemos desconocer nuestro derecho.

Con respecto al lugar de envío y recepción de los mensajes de datos, por regla general, este debiera quedar al arbitrio de las partes, y en caso de existir desacuerdo, se puede acudir a las reglas generales de derecho contenidas en los diversos cuerpos legales de cada legislación, y en caso de no existir acuerdo, siempre cabe la posibilidad de recurrir a una ley superior como pudiera ser el Código de Derecho Internacional Privado, que contempla reglas sencillas para la solución de conflictos de leyes.

C.1 Momento en que se forma el consentimiento.

Siempre que las partes no se encuentren presentes, lo que en este caso implica la existencia de un espacio de tiempo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el oferente, se debe determinar el momento a partir del cual el contrato se ha de entender perfeccionado.

Al respecto, tres teorías se han planteado en esta materia, asumiendo que no existe convención al respecto que resuelva este punto, por un lado la ley puede establecer que el contrato se perfecciona cuando el destinatario de la oferta emite su aceptación, por otro lado, el legislador puede determinar que el contrato exista sólo cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación, sin embargo, la mayor parte de los sistemas jurídicos ha preferido soluciones intermedias.

Nuestro ordenamiento jurídico ha acogido la Teoría de la Declaración, en virtud de la cual el consentimiento se forma al momento de la declaración de la voluntad, tal como lo establece el artículo 101 del Código de Comercio al señalar que ***“dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales”***.

Respecto de la oferta entre ausentes, sabemos que en ellas el consentimiento se forma “a vuelta de correo”, según lo expresa nuestro Código de Comercio para significar el momento en que forma el consentimiento en aquellas propuestas realizadas a distancia.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico, no existen normas específicas que

regulen el consentimiento en el comercio electrónico, cabe preguntarnos si éste se forma cuando el aceptante presiona la tecla “ENTER” manifestando su aceptación a la oferta, o cuando el destinatario o proveedor recibe en su computador la respuesta enviada.

En derecho comparado, específicamente en España, existen criterios diversos para determinar la formación del consentimiento, dependiendo si se trata de contratos celebrados tradicionalmente o si son celebrados por medio de vías electrónicas.

El Código Civil español, en su artículo 1262 prescribe que: ***“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndose remitido el aceptante no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe...”***

Como vemos, para la contratación tradicional ellos se rigen por la Teoría del Conocimiento, es decir, aquella que propugna que sólo se forma el consentimiento cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación; y respecto de la contratación electrónica adoptan la teoría de la declaración, que es la que prima en nuestro país.

En palabras de Plaza Penadés ***“existen dos criterios: uno general para cualquier contratación a distancia o sin presencia física de las partes, que consiste en que hay consentimiento desde que el oferente conoce la***

aceptación (recepción de la aceptación) o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe; y otro criterio, para la contratación electrónica, que consiste en sostener que hay consentimiento desde el momento que se manifiesta la aceptación (criterio de la emisión de la aceptación), derivado de la inmediatez de las transacciones electrónicas⁷”.

La autora española Mercedes Zubiri de Salinas ha opinado lo siguiente: ***“la necesidad de acusar recibo no se debe entender como que es éste el momento en el que el contrato se perfecciona. No se debe confundir con la aceptación, sino que su finalidad es otorgar certeza acerca de la recepción del pedido”, y agrega que “...el hecho de que el acuse de recibo deba hacerse por el mismo medio por el que se efectuó la contratación implica una cierta inmediatez al mismo para que tenga sentido”.***

El tema en Inglaterra, se rige por un fallo clásico en el COMMON LAW, en el cual se analiza el caso de una oferta dirigida a una dirección incorrecta y de la consiguiente demora en la aceptación. El Tribunal consideró que los oferentes debían soportar las consecuencias del atraso y que el contrato quedaba formado por la aceptación sin importar su demora en ser recibida, más adelante, como se reconoció en el fallo recaído en “FALCONER v. MAZES”, se asentó la regla general de que el contrato se reputaba perfecto cuando la carta que contiene la aceptación es enviada, es decir, cuando es despachada a través de los “canales

⁷ Plaza Panadés, Javier. “Los principales aspectos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico”. Contratación y Comercio Electrónico. Valencia (2003).

normales” de conducción⁸.

Según el Profesor Manuel Vicente Rojas Amandi⁹, la voluntad de las partes, define el momento en que un mensaje electrónico se reputa enviado y recibido. En efecto, teniendo presente que las reglas sobre la formación del consentimiento pueden atender al momento en que un documento electrónico es enviado o recibido y también, porque la tradicional regla del “buzón de correos”, no es fácilmente aplicable en el ciberespacio. De esta forma, si el consentimiento se forma cuando la aceptación es enviada, el contrato quedaría perfecto cuando: a)

La aceptación es dirigida apropiadamente al sistema informático designado o utilizado por el destinatario para recibir documentos electrónicos del tipo enviado, y desde el cual el destinatario puede recuperar el documento b) El documento puede ser procesado por este sistema; y c) El documento electrónico ingresa a un sistema de procesamiento fuera de control del emisor y entra a una región del sistema de información designado o utilizado por el destinatario y que se encuentra bajo el control de este último.

Por el contrario, si el consentimiento se forma cuando la aceptación es recibida por el oferente el contrato quedaría perfecto cuando: a) El documento electrónico ingresa al sistema de procesamiento de datos designado o utilizado por el destinatario en los términos ya expresados en el párrafo anterior; y b) Se encuentra configurado en términos de ser procesado por dicho sistema.

Sin perjuicio de la situación frecuente en que los documentos son transmitidos a

⁸ Falconer v. Mazess, 403 oa, 165, 168 a. 2d 558 (Corte Suprema de Pennsylvania 1961).

⁹ Manuel Vicente Rojas Amandi “El Perfeccionamiento del Consentimiento en los Contratos Electrónicos”. Revista Jurídica Decita, Vol. 5, 2006. México.

través de redes o sistemas controlados por terceros, la aplicación de una norma como la comentada puede determinar que, en muchos casos, en la práctica el envío corresponda instantáneamente a la recepción del mensaje.

C.2 Lugar en que se forma el consentimiento.

En los contratos entre ausentes, el consentimiento se entiende formado en la residencia del aceptante de la oferta primitiva. Entonces ¿dónde se forma el consentimiento en los contratos electrónicos?. Para estos efectos nos remitiremos a la autora Paula Silva quien ha planteado que ***“la respuesta lógica sería el lugar en que se emite la aceptación, donde se encuentra el computador mediante el cual se emite la respuesta”***, agregando que éste sería ***“... el domicilio o lugar desde donde se encuentra el aceptante, si consideramos que es el consumidor quien acepta¹⁰.”***

Creemos que las normas que regulan la formación del consentimiento, son deficitarias, ya que hace aplicables a este fenómeno las normas contenidas en el Código de Comercio las cuales no contemplan circunstancias propias de la naturaleza funcional de los sistemas telemáticos.

D) BREVE ANÁLISIS DE LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA

¹⁰ Silva Barroihet, Paula. “Autonomía de la voluntad, Contratación Electrónica y Protección del Consumidor”. Revista Chilena de Derecho Informático. Universidad de Chile. Centro de Estudios de Derecho Informático. Facultad de Derecho. LOM Ediciones Ltda.. Santiago. Diciembre N°3 (2003) p. 124.

Debemos partir este análisis sobre la base de la afirmación de que la regulación legal del comercio electrónico en nuestro contexto, resulta ser escasa. Sin embargo, por más críticas que se le pudieran hacer a la ley y a las cuales ya en esta tesis se ha hecho mención, es forzoso asignarle su justo valor. Es una ley que se erige como una piedra angular, como una base sobre la cual se debiera construir toda una infraestructura tanto legal, consuetudinaria y técnica que permita el reemplazo definitivo del documento tradicional. En este sentido, es imposible desconocer su mérito. Si bien, vamos a tener problemas y complejidades a la hora de presentar un documento electrónico, se puede hacer algo que con anterioridad no era factible: presentarlos en juicio como prueba documental. Este es quizás el avance menos fascinante de la ley, pero sí el más significativo.

Pero el problema de la generalización del uso de las plataformas electrónicas no solamente pasa por ahí. Pasa por un tema de acceso a las tecnologías de la información, por el nivel de conocimiento del uso de las mismas. Pero también lo es el nivel de conocimiento cultural que tengan los actores primordiales en un proceso en torno al fenómeno que hemos analizado: el juez, los abogados, peritos, receptores, notarios, conservadores, administradores, comerciantes, etc.

Debemos señalar, que el término en que se halla definido el documento electrónico en la ley es defectuoso. Más aún si se considera que probablemente tal definición fue con fines pedagógicos, cuestión por lo demás, apremiante en

este caso, donde la cultura del uso de la terminología relacionada a las tecnologías de la información es generalmente muy baja. Y si es así, lo único que hace es confundir aún más las cosas. La Ley para estos efectos define documento electrónico, como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior

Por otra parte, falta una regulación en torno a los documentos electrónicos. no firmados electrónicamente. Ello, porque estrictamente lo son, pero sin embargo, no son regulados de manera alguna.

Por último, hace falta una regulación en el caso de los documentos electrónicos que están configurados en archivos multimedia (sonidos e imágenes). Si bien somos de la idea de que en la medida de que estén firmados electrónicamente, son considerables como “escrito” para efectos legales, creemos que debió haber un pronunciamiento expreso en torno a la materia. Más aún, si la propia definición dada por la ley adopta el criterio amplio de documento.

En este contexto, no quisiéramos perder la oportunidad de citar en este punto al profesor Renato Jijena quien nos señala que La ley viene a regular el mundo de los sistemas informáticos o de tratamiento automatizado de información y de las redes computacionales, o "telemáticas", para ser precisos. Pareciera ser que su rol preponderante se jugará en el ámbito de las denominadas redes "abiertas", como lo es la cada vez más difundida Internet, a las que cualquier persona accede y en las que generalmente existe incertidumbre respecto a la identidad de quienes

interactúan.

Se espera que, en concreto, la posibilidad de utilizar mecanismos tecnológicos que otorguen seguridad y certeza técnica y jurídica al envío y recepción de mensajes y/o documentos digitales, sea el elemento que permita, no sólo en Chile, el desarrollo y crecimiento del comercio y de los pagos electrónicos, tanto en el sector privado como en el público. Declaraciones aduaneras de importación de mercancías, facturas electrónicas, órdenes de compra, planillas previsionales de cotización y pago, órdenes de pago o de transferencias de fondos -entre otras- serán el sustrato fáctico que hoy en Chile han venido a respaldar legalmente la Ley 19.799 y su reglamento de ejecución o subordinado.

Conceptual y técnicamente, señala Jijena, nos movemos en el campo de la criptografía, de la encriptación o de la codificación, es decir, poder utilizar válidamente tecnologías que nos provee una empresa o "Entidad Certificadora", los llamados prestadores de servicios de certificación a que alude la ley principalmente en los Títulos III, IV y V, para codificar, proteger y acreditar la autenticidad e integridad del contenido de un mensaje o documento electrónico. Del mismo modo, se permite contar con programas o software que en cuestión de minutos generan claves o archivos para asumir y firmar la declaración de voluntad que contenga un documento electrónico; se permite verificar electrónicamente la identidad del firmante; y se evita que posteriormente se desconozca o "repudie" - es el término técnico- el hecho del envío de un documento firmado.

Jurídicamente, la ley y el reglamento establecen que el uso de firmas electrónicas

permitirá identificar a quien envíe un documento electrónico y, bajo ciertos respectos como la intervención de una empresa que autorizada previamente por la autoridad y asignando "Fe Pública" respalde su identidad, producirá las consecuencias jurídicas de asignar integridad a un documento, de autenticar la identidad del firmante y de evitar que se desconozca el hecho de haberse firmado un documento electrónico.

Una norma que no puede sino calificarse de "revolucionaria" -al menos formalmente y sin que sea importante para el comercio electrónico- es el artículo 3º de la ley, que homologa o equipara de manera general a los documentos e instrumentos tradicionalmente soportados en papel o escriturados y firmados olográficamente para realizar actos o celebrar contratos, con aquellos que hoy en día se soportan en archivos electrónicos y, también firmados -porque los no suscritos electrónicamente quedan al margen y carecen de valor- se envían o intercambian mediante redes computacionales para realizar actos y contratos electrónicos, a distancia y entre ausentes, los que la ley reputa como escritos. Lo radical y novedoso deviene de que una sola norma general modifica tácitamente un mar de otras leyes y disposiciones que regulan la naturaleza, características y mérito probatorio de documentos e instrumentos civiles, comerciales, penales, tributarios, etcétera, sin que pueda desconocerse su valor jurídico.

Desde una perspectiva económica se ha regulado un nuevo nicho de negocios tecnológicos, no exento de complejidades y por ende sujeto a claras responsabilidades para las empresas prestadoras de servicios de certificación, cuyo vínculo contractual con los usuarios eventualmente será "dirigido" -en la

medida que dichas empresas opten por acreditarse o registrarse ante la autoridad- . Sería un error desconocer que se trata de un negocio a esta fecha controlado por empresas transnacionales posicionadas en el mercado y en Chile, y habrá que ver que pasará con su prestación de servicios en la medida que opten por actuar desde el extranjero, mediante Internet y sin registrarse o acreditarse en nuestro país al amparo de la Ley 19.799 y el DS N°181, lo que legalmente es voluntario y no obligatorio.

Chile se ha sumado con esta ley a un proceso de acelerada fecundidad legislativa que se ha desarrollado en Iberoamérica. Llama la atención -y nos parece inadecuado- que de cara al desarrollo tecnológico el derecho ha dejado de ser "respuesta" al decantamiento de realidades sociales que deban regularse, porque que se trata de normas sobre firmas y documentos electrónicos dictadas casi en abstracto, ya que en la mayoría de estos países no existen prestadores de servicios de certificación locales operando. Todas ellas además, han caminado de la mano de la estandarización normativa que reclama la creciente globalización de las economías y de las sociedades, y han recogido los lineamientos de un grupo de trabajo de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o las Directivas de la Unión Europea.

E) OTRAS NORMAS QUE DICEN RELACIÓN CON EL COMERCIO

ELECTRÓNICO EN CHILE

Resulta precisar que se trata de distintas normativas que regulan algunos aspectos del comercio electrónico, o ámbitos del mismo.

E.1 RESOLUCIONES DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

El Servicio de Impuestos Internos sobresale entre los servicios del Estado, ya que ha sido pionero en la implementación de sus servicios a través de la red de Internet, dando la posibilidad de realizar diversos trámites por este medio, y cabe destacar la primera resolución emitida por este servicio que permite el uso de Internet para cumplir con determinadas cargas tributarias.

Se destaca la resolución N° 5943 del 2 de septiembre de 1999, en la que, el Servicio de Impuestos Internos establece la obligación de presentar declaraciones juradas mediante transmisión electrónica de datos vía Internet a determinados contribuyentes.

En virtud de esta resolución se establece la obligación de presentar declaraciones juradas a los contribuyentes autorizados para llevar sus libros de contabilidad en hojas sueltas por medios computacionales , hacer la declaración de impuestos a través de Internet y a pagarlas por este medio en la medida que el servicio así lo defiera, entre otros contribuyentes a los cuales se menciona en esta resolución están las rentas de jubilaciones, montepíos o pensiones; gastos rechazados y crédito por impuesto de primera categoría provenientes de otras sociedades.

También se establece una excepción con respecto a aquellos contribuyentes que no tengan acceso a Internet, quienes podrán hacer la declaración y pago de la manera tradicional.

E.2 DECRETO SUPREMO Nº 81 DE 1999

Este Decreto Supremo regula el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la administración del Estado.

Este decreto que fue promulgado el 10 de junio de 1999 y publicado en el Diario Oficial del día 26 de junio del mismo año, se establece que los órganos de la administración del Estado, con excepción del Banco Central, la Contraloría General de la República y las Municipalidades, sin perjuicio de poder someterse a él, podrán concebir actos administrativos contenidos en documentos electrónicos los cuales producirán los mismos efectos que los escritos en un soporte de papel y en los cuales la firma digital sustituirá a la firma ológrafa del funcionario que lo emita y producirá los mismos efectos que aquella.

Cabe destacar la importancia que se le atribuye a la firma digital, ya que en el artículo 4º de este decreto supremo, se señala que esta sustituirá el uso de cualquier sello, timbre, visto bueno u otra marca distinta que fuere necesaria para validar un documento si este se hubiera escrito en soporte de papel.

También se señala lo que se debe entender por clave pública y clave privada.

El citado decreto dice relación íntegramente con los elementos constitutivos del comercio electrónico, como lo son los documentos electrónicos y las firmas

digitales, lo que no es más que la utilización de tecnologías y mecanismos informáticos, lo que representará para el Estado como se señala en su considerando N° 2° “un notable ahorro de recursos materiales y humanos, incrementando la calidad del trabajo realizado en una organización, favoreciendo la transparencia y el uso eficiente de los recursos , cuyo fin es mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y crear una mayor competitividad del país frente a la comunidad internacional”.

E.3 AUTO ACORDADO N° 163 DE 13 DE OCTUBRE DE 2006

La Corte Suprema dictó el Auto Acordado N° 163, por el cual se autoriza el uso de la firma electrónica a notarios, conservadores y archiveros judiciales.

En el auto acordado se señala que notarios, conservadores y archiveros judiciales titulares, suplentes e interinos, podrán utilizar firma electrónica personal y exclusiva, la que deberá ser avanzada y a través de un prestador acreditado de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 19.799 y su Reglamento.

Las Cortes de Apelaciones oficiarán al prestador de servicios de certificación respectivo comunicando toda resolución que pueda implicar la suspensión o revocación del certificado de firma electrónica avanzada del titular, inmediatamente después de quedar ejecutoriada.

Las secretarías de las Cortes de Apelaciones llevarán un registro de las comunicaciones antes mencionadas, con señalamiento de su fecha y hora, así como de la emisión de certificaciones consignadas en el numeral segundo del

presente auto acordado.

Los funcionarios mencionados que adopten firma electrónica deberán mantener un repositorio electrónico de documentos que garantice la seguridad, integridad y disponibilidad de la información contenida en él, proveyendo los respaldos conforme a la normativa legal vigente.

La firma electrónica permitirá, por ejemplo, que se pueda pedir un certificado por Internet y recibirlo de inmediato, tal como ocurre hoy, por ejemplo, con el Servicio de Impuestos Internos. Hoy, los conservadores más modernos los certificados u otros documentos se piden por Internet, pero se deben enviar a domicilio por correo.

F. COMERCIO ELECTRÓNICO Y LEGISLACIÓN COMPARADA

Dado la creciente preocupación mundial por lograr mayores modos de interrelación y desarrollo entre los países, el comercio electrónico no ha quedado ausente de las grandes esferas mundiales, y por ello han sido múltiples los proyectos y propuestas elaborados y presentados por distintos organismos internacionales, destacando el proyecto elaborado por las Naciones Unidas, por su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional, que ha sido una ley modelo para los distintos países, sin dejar de recalcar la importancia que ha tenido Estados Unidos en esta materia, ya que fue el primer país que legisló sobre el

comercio electrónico, también han habido otros proyectos y legislaciones notables de destacar como se verá a continuación.

F.1 ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos ha llevado la delantera en este tema, si se considera que fue el primer país que legisló sobre la materia, en el año 1976, en la Universidad de Stanford, donde nace el método de la criptografía con clave pública, pero no es sino hasta mayo del año 1995 que en el país del norte se legisla sobre el tema en concreto, siendo el Estado de Utah pionero, elabora y sale a la luz el Acta sobre Firma Digital (Ley del estado de Utah sobre la firma digital).

Esta ley que consta de cuatro partes, título, objetivos y estructura, definiciones y contenidos de un certificado de fecha efectiva, regula la firma digital en base a la criptografía, establece una autoridad licenciante de los certificadores (el Departamento de Comercio de Utah) y regula las consecuencias jurídicas de la firma digital que equipara a la firma manuscrita.

La ley de Utah contempla dentro de sus objetivos los siguientes :

- Minimizar la incidencia en la falsificación de las firmas digitales, y permitir la autenticación de bases de información computarizadas.
- Permitir y fomentar la verificación de las firmas digitales en documentos de bases de datos computacionales y
- Facilitar el comercio a través de medios computacionales.

En la ley también se señalan las menciones básicas que debe contener un

certificado, las que constituirían los elementos de la esencia del certificado y son los siguientes:

- i. El nombre por el cual el suscriptor es generalmente conocido.
- ii. El nombre distinto del suscriptor.
- iii. Una clave pública que se corresponda con la clave privada que el suscriptor tenga.
- iv. Una breve descripción de cualquiera de los algoritmos con los cuales se pretendió que la clave pública del suscriptor sea usada en la forma prevista por la división.
- v. El número de serie del certificado emitido, el cual debe ser único entre los certificados que otorgue la entidad certificadora que los emite.
- vi. La fecha y hora en que se extendió el certificado y en que se aceptó, que será la fecha desde la cual el certificado tenga efecto.
- vii. La fecha y hora en que expira el certificado.
- viii. El nombre (registrado) de la autoridad certificadora que expide el certificado.
- ix. Una breve descripción del algoritmo que se usa para firmar el certificado en la forma prescrita por la división.
- x. El límite de responsabilidad recomendada para las transacciones que contiene el certificado.
- xi. Otros ítems que requiera la división.

De esta forma nace la primera regulación del comercio electrónico, específicamente de la firma digital, siendo la legislación del Estado de Utah la ley modelo sobre firma digital para los restantes 49 estados del país del norte, facilitándose, de esta manera, el comercio electrónico en Estados Unidos.

Luego en Florida, se reguló la materia, en el Acta sobre Firma Digital de dicho Estado, que data de 1996, que se basó en la Ley del Estado de Utah; consta de 9 secciones, la primera de ellas relativa al título, luego, los objetivos, similares a los de la Ley de Utah, las definiciones, el valor jurídico de la firma electrónica que se equipara al de la manuscrita, la autorización al Secretario de Estado de verificar las firmas digitales (con facultades que están por sobre las de las autoridades certificadoras).

F.2 UNIÓN EUROPEA

Así como los países han ido desarrollando una normativa para regular el comercio electrónico, los organismos internacionales también lo han hecho. La antigua Comunidad Europea abordó el tema, logrando uno de los fines por los que fue creada cual es la consecución de la actual unión europea.

En este sentido, la Unión Europea no se ha quedado atrás en el tema del comercio electrónico y también ha dado grandes pasos en lo referente a dar un marco regulatorio para el mismo.

La Unión Europea, liberalizó completamente su mercado de telecomunicaciones en 1998. Desde entonces, la convergencia de las telecomunicaciones y la radiodifusión gracias a la digitalización ha llevado a la Unión Europea a fijar de

nuevo los límites normativos a fin de contemplar todas las «redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas» en un nuevo marco normativo que entró en vigor en julio de 2003.

Los objetivos principales del marco normativo de 2003 son:

- i. Reducir la carga administrativa sobre las empresas que ofrecen servicios de la sociedad de la información, tras el seguimiento más acentuado necesario durante el proceso de liberalización
- ii. Velar por que todos los clientes, incluidas las personas con discapacidades, tengan derecho a una serie de servicios básicos a precios asequibles a través de la red, sin necesidad de concurrir personalmente a los distintos organismos involucrados.
- iii. Estimular la competencia, limitando la posición dominante que los antiguos monopolios de telecomunicaciones habían ejercido en determinados servicios, como el acceso a Internet de alta velocidad.

Si bien las autoridades de cada Estado miembro son autónomas a la hora de aplicar las normas, los reguladores coordinan sus políticas en la Unión Europea, en particular en el denominado «Grupo de Entidades Reguladoras Europeas».

La última revisión, iniciada por la Comisión Europea a finales de 2007, quiere seguir simplificando la normativa y transferir parte de la función de reglamentación a una agencia única europea.

Otro punto que pretende evitar la Unión Europea, es Impedir la llamada fractura digital, toda vez que la Unión Europea, se ha esforzado por que los ciudadanos y

las empresas se beneficien de la sociedad de la información. En 2006, la Comisión tomó medidas para reducir los precios injustificadamente altos que pagaban los ciudadanos por usar su teléfono móvil en otros países de la Unión Europea. Los llamados «gastos de itinerancia» bajaron más del 60% en 2007 y deberán seguir bajando, aunque en menor grado, en 2008 y 2009.

Otra prioridad, más a largo plazo, es impedir una «fractura digital» entre las regiones más ricas de la UE y las más pobres, muchas de ellas periféricas y con menos acceso a Internet o a los nuevos servicios digitales, o entre los Estados miembros.

La Unión Europea ha tomado una serie de iniciativas a fin de llevar las comunicaciones de banda ancha a los hogares, ampliar los servicios de negocios electrónicos a las empresas y poner en línea los servicios públicos. Los servicios de telecomunicaciones de alta calidad potencian la eficacia y la competitividad de todos los sectores manufactureros y de servicios. Hay tres prioridades:

- i. Las empresas y los ciudadanos deben tener acceso a una infraestructura de telecomunicaciones barata y de calidad mundial y a una amplia gama de servicios
- ii. Cada ciudadano debe estar capacitado para vivir y trabajar en la sociedad de la información
- iii. El acceso a la formación permanente debe ser un elemento básico del modelo social europeo.

La iniciativa actual, conocida como i2010, se centra en los próximos años. Un

acceso de banda ancha a Internet que proporcione unas telecomunicaciones en línea rápidas, baratas y permanentes es la tecnología «instrumental» clave. Alrededor del 30% de los hogares de la Unión Europea tienen acceso a banda ancha, aunque las cifras correspondientes a los Estados miembros que han ingresado en la Unión Europea desde 2004 son inferiores.

F.3 AMÉRICA LATINA

F.3.1 ARGENTINA

Para entrar a la era digital, Argentina ha partido por la regulación del comercio electrónico en el sector público.

De esta forma, con fecha 16 de abril de 1998, se dictó en Buenos Aires el Decreto Nacional 427, sobre la Infraestructura de Firma Digital para el sector público nacional.

Se le confiere a la firma digital los mismos efectos jurídicos que a la firma ológrafa, cumpliendo por cierto los requisitos y condiciones señaladas en el presente decreto.

Se establecen los requisitos y condiciones para la vigencia y validez de los certificados de clave pública, emisión, aceptación, revocación, expiración y demás contingencias del procedimiento, así como las condiciones bajo las cuales deben operar las Autoridades Certificantes Licenciadas que son parte integrante de la

infraestructura de firma digital para el sector público.

También se establecen cuales serán las obligaciones de este organismo, como la de abstenerse de generar, exigir, o por cualquier otro medio tomar conocimiento o acceder bajo ninguna circunstancia a la clave privada de cualquier suscriptor de los certificados que emita, entre otras.

Se crea la Autoridad Certificante Licenciada, que será la encargada de la emisión y revocación de los certificados de clave pública y proveer opcionalmente el servicio de sellado digital de fecha y hora, también se le establecen obligaciones legales.

F.3.2 BRASIL

Brasil, con fecha 5 de septiembre del año 2000 dictó un Decreto por el que se establece normas sobre infraestructura de claves públicas del Poder Ejecutivo Federal.

De esta forma, en virtud del Decreto N° 3587, Brasil también incorpora a su legislación el tema del comercio electrónico, sentando las bases para una legislación relativa al tema, ya que esta normativa se refiere al sector público.

En este decreto al igual que en otras legislaciones se consagran los principios generales relativos al comercio electrónico como son la autenticidad e integridad y la irrevocabilidad e inmutabilidad de las transacciones electrónicas.

F.3.3 COLOMBIA

Colombia, en el mes de agosto de 1999, aprueba la Ley Sobre Comercio Electrónico, Firmas Digitales y Autoridades de Certificación, Ley número 527, que toma por ejemplo la Ley modelo de la UNCITRAL.

Se trata quizás de la legislación más avanzada y completa existente al momento en América Latina, y uno de los países pioneros en implementar la Ley Modelo de la UNCITRAL, dicho sea de paso, lo que ha provocado una mayor certeza jurídica en las transacciones electrónicas en este país. Destaca también que Colombia es uno de los países latinoamericanos en donde ha más ha crecido el uso de Internet, y según datos del Banco Mundial, entre julio de 1998 y julio de 1999 el número de computadoras conectadas a la red creció en un 174%, considerando que en 1998 Colombia tenía tres computadoras conectadas a Internet por cada 10000 habitantes, mientras que Chile tenía 15 y México 9, actualmente existe una situación mucho más equilibrada.

Es un texto extenso en comparación con los de los otros países de América, y muy completo, dividido en 3 Partes que constan de 47 Artículos.

La segunda parte se refiere al comercio electrónico en materia de transporte de mercancías.

Destaca en la parte primera de esta ley que se da una definición de Comercio Electrónico, pero que en el fondo no es más que una descripción de los actos que constituyen el comercio electrónico. Dice el artículo 2 letra b: "Comercio Electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole

comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”. Se ve claramente la influencia de la ley modelo de la UNCITRAL, pero adaptado al ámbito colombiano, por ejemplo no se contemplan las actividades de leasing y factoring.

También se da una definición de Intercambio electrónico de datos, elaborada en base a la definición que da la Ley Modelo, y que en el texto colombiano es la siguiente: “Intercambio electrónico de datos”. La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto.”

En la formación y validez de los contratos se establece que podrá hacerse la oferta y aceptación mediante mensajes de datos y se les reconoce validez jurídica a los contratos negociados de esta forma. Y se establece la misma regla respecto del reconocimiento de los mensajes de datos por las partes, por tanto, se podrán celebrar contratos válidos a través del intercambio de mensajes de datos que contengan la oferta y aceptación.

También se establecen normas con respecto al acuse de recibo de un mensaje de datos, quedando dicha situación al libre albedrío de las partes, y en caso de que el iniciador y el destinatario hayan acordado que se acuse recibo del mensaje de datos y no hayan acordado una forma o método determinado para efectuarlo, se señalan dos alternativas para ello en la ley, en el artículo 20.

En el artículo 25 se establece una regla relativa al domicilio, respecto del lugar de envío y recepción de un mensaje de datos, que en caso de no convenir otra cosa iniciador y destinatario, se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Esa es la regla general, pero la ley contempla el caso de la existencia de más de un domicilio, ya que contiene dos incisos relativos a ello, de esta forma, se establece que si el iniciador o destinatario tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde más estrecha relación con la operación subyacente y en caso de no haberla, será su establecimiento principal, y en caso de no tener un establecimiento se tendrá en cuenta el lugar de su residencia habitual.

En la Parte II, relativa al comercio electrónico en materia de transporte de mercancías es muy breve y contiene sólo dos artículos uno relativo a los actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías o con su cumplimiento, en el que se señala cuales actos se entenderán por tales, y se enumera un listado no taxativo de los mismos, y el otro artículo se refiere a los Documentos de Transporte en el que destaca lo relativo a los documentos de comercio nacional e internacional, ya que en la ley se prevé que los documentos

típicos de transporte de mercancías como son las facturas, conocimiento de embarque y cartas de crédito, tendrán valor legal aunque sólo se envíen en forma de mensaje electrónico de datos y no en soportes de papel, lo que lógicamente abarata costos y agiliza los procesos de facturación y de cobro.

Por último, destacamos que esta ley además de ser una normativa marco, de aplicación general sobre el tema del comercio electrónico, cuenta con la incorporación de los principios que rigen el comercio electrónico a nivel mundial dentro de su articulado; por ejemplo, el Principio de Homologación de la firma digital a la manuscrita consagrado en el artículo 28, el Principio de la equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel en el artículo 5 y 6, el Principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el espíritu de esta ley, en varios artículos, por ejemplo el artículo 4, el principio de compatibilidad internacional en los artículos 29 y 43 de la Ley.

F.3.4 MÉXICO

México también ha logrado una ley sobre comercio electrónico, siguiendo muy de cerca las directrices establecidas en la Ley Modelo de la UNCITRAL, y al igual que el caso de Francia, se trata de una legislación que se incorpora a la ya existente.

Dicha ley consta de dos capítulos uno relativo al comercio electrónico en general, a los mensajes de datos y la comunicación de los mismos, y el segundo capítulo se refiere al comercio electrónico en materias específicas: transporte de mercancías.

Se dan los conceptos de mensaje de datos, intercambio electrónico de datos, iniciador, destinatario, intermediario y sistema de información.

Se consagra el principio de compatibilidad internacional o dimensión global del tema del comercio electrónico en el artículo 91 del Proyecto que señala que para la interpretación del presente capítulo (sobre comercio electrónico en general) habrá de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. También se consagra a priori el principio de la autonomía de la voluntad, en el artículo 92 el cual señala que salvo pacto en contrario, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones de las secciones segunda y tercera (relativas a los mensajes de datos y a la comunicación de los mensajes de datos respectivamente), podrán ser modificadas mediante acuerdo.

Al mismo tiempo, se contempla la admisibilidad como medio de prueba de un mensaje de datos, habidas las consideraciones y requisitos establecidos en la ley para ese efecto.

Se reconocen jurídicamente los contratos celebrados electrónicamente a través de mensajes de datos, y se establecen las circunstancias que determinarían cuando un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador al destinatario.

Se contemplan disposiciones relativas al acuse de recibo y a la expedición de un mensaje de datos, que no distan de las señaladas en la ley modelo de la UNCITRAL.

La segunda parte de la ley, se refiere al Transporte de Mercancías, y se inicia la sección con una disposición que se limita a enumerar cuales serán los actos que guarden relación con un contrato de transportes, sin ser taxativa³⁹, y a continuación se contempla que los documentos tradicionalmente utilizados en materia de transportes, puedan ser emitidos en forma de mensajes de datos.

F.3.5 PERÚ

Perú ha promulgado y publicado una ley relativa al tema del comercio electrónico, “Ley de Firmas y Certificados Digitales”, promulgada con fecha 26 de mayo de 2000 y publicada el 28 de mayo del mismo año.

Se trata de una normativa relativamente breve en cuanto a su extensión ya que consta de sólo 16 artículos más unas normas transitorias.

Esta ley también reconoce el Principio de la Compatibilidad Internacional, en su artículo 11 declara que los certificados de firmas digitales emitidos por entidades extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica que se reconoce en la presente ley siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por una entidad de certificación peruana que garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, el cumplimiento de los requisitos, del procedimiento, así como la validez y la vigencia del certificado.

La ley regula a las Entidades de Certificación y a la Entidad de Registro o Verificación, las primeras tienen por función emitir o cancelar certificados digitales

así como brindar otros servicios inherentes al propio certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular o del comercio electrónico en general, y podrán asumir las funciones de las Entidades de Verificación, las cuales cumplen con la función del levantamiento de datos y comprobación de la información de un solicitante de certificado digital, identificación y autenticación del suscriptor de la firma digital, aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados digitales, y la aceptación y autorización de las solicitudes de cancelación de certificados digitales.

Se establece la obligación de que cada Entidad Certificadora cuente con un Registro disponible en forma permanente, que servirá para constatar la clave pública de un determinado certificado, las circunstancias que afecten la cancelación o vigencia de los mismos, debiendo constar la fecha y hora de inicio y la fecha y hora de finalización, deberá estar en un sistema al que se pueda acceder por medios telemáticos (en línea) y ser público, ya que la ley señala que debe estar a disposición de las personas que lo soliciten.

De esta forma concluye la legislación peruana, que parece muy completa en cuanto a contenidos y a la vez precisa, se trata de una normativa amplia que regula los aspectos más básicos del comercio electrónico dando un marco normativo a los principales elementos e instituciones constitutivos del mismo.

CONCLUSIONES

Actualmente, con una tecnología que avanza rápidamente y que no sólo es utilizada para la realización del bien común, deben existir organismos técnicos

especializados, encargados de velar por la seguridad en las transacciones que se realizan a través de la red, ello para lograr un comercio electrónico seguro y eficaz, ya que indudablemente será el medio más utilizado, dado las ventajas que el mismo implica, ya sea por su rapidez, o por razones de economía (menos gasto en papel, se eliminan los gastos relativos al transporte por mencionar algunos). Sin embargo, así como los legisladores se preocupan por hacer leyes eficaces, al mismo tiempo existen quienes buscan la manera de burlarlas, por ello los riesgos aparejados en esta regulación. Destacan las iniciativas de los países latinoamericanos, que han regulado el tema del comercio electrónico en sus distintos aspectos, ya sea en lo relativo al tema de firma digital o firma electrónica, como lo que dice relación con el comercio electrónico en general.

Se ha expuesto la legislación de varios países de América Latina, donde destaca la labor legislativa, ya que se han creado leyes marco que regulan ampliamente el comercio electrónico, dejando un espacio para el avance y aplicación de las nuevas tecnologías, leyes especiales que se circunscriben a materias específicas del comercio electrónico y que rigen a un determinado sector, como es el caso de Argentina, leyes que dan pautas y establecen nuevos sistemas para la adecuación del país al ámbito del comercio electrónico. Chile debiera seguir estos ejemplos, en virtud de la globalización de la economía, para darle apertura al desarrollo, no sólo en el ámbito económico, sino cultural y político, de forma tal que se transforme al país en una nación que interactúe con los demás países del globo. Creando una ley marco, que contemple aquellos aspectos más generales relativos al tema del comercio electrónico, estableciendo organismos certificadores,

regulando lo relativo a los mensajes de datos y documentos electrónicos, considerando el aspecto procesal del tema, pero sólo en aquello que pudiera ser incompatible con las normas existentes, por ejemplo, estableciendo un sistema de apreciación de pruebas con las reglas de la sana crítica, regulando lo relativo a la firma electrónica, y considerando lo relativo al dominio y registro de nombres, pudiera lograrse una buena regulación.

Desde la disciplina comercial, podemos afirmar que el comercio electrónico desarrollado por medio de la red Internet es un vehículo que facilita y facilitará la celebración de negocios jurídicos, instalándose como factor dinamizador de alta velocidad y seguridad en los procesos empresariales y económicos, cuyo contenido puede ser tanto mercantil en sentido estricto o de mero consumo.

Además, atendida la globalización que ha experimentado la economía mundial desde la década del ochenta, del siglo veinte, se constata el desarrollo de la “nueva economía”, en la que el comercio electrónico difundido en la red Internet tiene lugar, tanto a nivel de comercio nacional como internacional, con regulación legal o sin ella. Sin perjuicio, un instrumento de claro incentivo a la nueva economía se observa en derecho comparado en los países que han optado por una regulación especial.

Finalmente, a modo de corolario, señalar que de los temas expuestos en la presente tesis, se ha podido concluir que la celebración de contratos electrónicos por Internet, como nueva modalidad de regular las relaciones patrimoniales entre particulares y entre estos y los proveedores, se perfila como uno de los grandes

canales del comercio, sin embargo, por ser en nuestro país una nueva forma de contratación, existen una serie de temas que aún no se encuentran regulados, no obstante esto, la Ley de Protección al Consumidor, regula en ciertos aspectos temas como la celebración de contratos electrónicos, momento en que se entiende concluido, la competencia de los tribunales, contratos de adhesión etc., debiendo considerarse ésta como un gran avance, pero solamente como un inicio, ya que los temas que fueron abordados en la presente tesis, son de gran relevancia no sólo jurídica, sino también económica y social, por cuanto el mayor acceso a Internet por parte de los chilenos, hará más atractivo dicho mercado, debiendo dar certeza jurídica a los usuarios. En este orden de ideas, y ya en relación directa con el propósito final de la tesis, debemos señalar, que si bien en ella sostenemos la aplicación de la Teoría de la Declaración de la Voluntad, por cuanto esta se encuentra contenida en nuestra legislación positiva, debemos señalar, que resulta indispensable para un acabado tratamiento de esta nueva forma de contratación, el considerar la posibilidad de establecer una uniformidad real, para efectos de unificar las diversas legislaciones que en Latinoamérica tratan esta problemática, siguiendo de esta forma, en cierto modo y bajo el prisma de la economía aplicable a nuestro continente, los pasos de lo que se ha logrado conseguir, por ejemplo, en la Unión Europea, evitando de esta forma eventuales conflictos, logrando con la unificación de la oportunidad de la formación del consentimiento, en virtud de la Teoría de la declaración de la Voluntad, según los términos expuestos.

**FUENTES
BIBLIOGRÁFICAS**

- BASSO CERDA, OSVALDO. Conocimiento de embarque electrónico, 2005
- JIJENA LEIVA, RENATO JAVIER. Comercio electrónico, firma digital y derecho: análisis de la Ley no. 19.799, 2002
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO A. Derecho civil y nuevas tecnologías, la formación del consentimiento electrónico, 2007
- RIVERA, EUGENIO (RIVERA URRUTIA). Nueva economía, gobierno electrónico y reforma del Estado: Chile a la luz de la experiencia internacional /
- SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Seguridad en el comercio electrónico: firma electrónica: análisis de la ley n° 19.799, 2004

HEMEROGRAFICAS

- PINOCHET OLAVE, RUPERTO. La Recepción de la Realidad de las Nuevas Tecnologías de la Información por el Derecho Civil: Panorama

Actual y Perspectivas Futuras. *Ius et Praxis*, 2001, vol.7, no.2, p.469-489.

ISSN 0718-0012

- PINOCHET OLAVE, RUPERTO. Los Sistemas Informáticos Expertos de Toma de Decisiones y la Voluntad Como Elemento de Validez del Negocio Jurídico. *Ius et Praxis*, 2003, vol.9, no.2, p.161-184. ISSN 0718-0012
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO. La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte I: La Oferta Electrónica. *Ius et Praxis*, 2004, vol.10, no.2, p.267-320. ISSN 0718-0012
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO. La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información: Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?. *Ius et Praxis*, 2005, vol.11, no.1, p.55-92. ISSN 0718-0012
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO. La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico. *Ius et Praxis*, 2005, vol.11, no.2, p.273-302. ISSN 0718-0012
- PINOCHET OLAVE, RUPERTO ANDRÉS Y AGUIRRE VELOSO, PATRICIO. La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información: Parte IV: El lugar de formación del consentimiento electrónico. *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, no.1, p.215-231. ISSN 0718-0012

