

Título: "Problemática de los vicios del consentimiento en la contratación celebrada mediante las nuevas tecnologías de la información"

Síntesis.

Internet propicia un tipo de contratación, sin dudas, peculiar, en la medida en que se desenvuelve entre cualesquiera operadores en un contexto virtual desterritorializado, abierto y de proyección global. Cuba da en estos momentos sus primeros pasos en el mundo del comercio electrónico, con algunos estudios teórico-doctrinales en la materia y la revisión de la legislación vigente con miras de promulgar un cuerpo normativo que discipline la materia.

Pues bien esta nueva modalidad de la contratación electrónica, que en buena medida aun está en fase de despliegue inicial, se gobierna y queda sometida a una serie de principios de validez universal, 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. Por este motivo la investigación realizada parte de la polémica de determinar si las normas que regulan los vicios del consentimiento en el Código Civil cubano son aplicables al contrato celebrado vía electrónica.

Para solucionar esta problemática se realiza un estudio doctrinal y legal que nos permite aseverar que el negocio electrónico no constituye una novedad contractual, el que puede merecer una regulación especial en aspectos en los que la utilización de las nuevas tecnologías de la información lo precise, con miras a lograr las principales garantías para las partes involucradas en el mismo. Los resultados principales se centran en contribuir al incremento y perfeccionamiento de la doctrina jurídica cubana y aportar soluciones encaminadas a perfeccionar las regulaciones jurídicas referentes al contrato electrónicamente celebrado.

INTRODUCCION.

La confluencia de las tecnologías digitales de generación, almacenamiento y transmisión de datos, con la existencia de redes de comunicaciones –abiertas y cerradas- produjo la posibilidad de interconexión global, en tiempo real, con acceso a toda clase de información por un universo indiscriminado de personas.

Se vislumbra un mundo distinto, virtual, impersonal, en el que se confunden los días y las noches, con crecientes dificultades para su regulación; se predica que estamos ante una nueva etapa, denominada "civilización de la información"¹, "sociedad de la información", "era digital", "ciberespacio" o "cibernación"².

La aparición de las nuevas técnicas informáticas ¿Va a influir en la formación o eficacia del contrato? ¿Seguiremos siendo fieles a la teoría general de las obligaciones del siglo XIX que es fiel reflejo del omnipresente modelo francés?

¹ En la Unión Europea se planteó de manera concreta, en la década de los años 90, la creación de la llamada "*sociedad de la información y el conocimiento*" como una respuesta al creciente auge de países anglosajones, como Estados Unidos, en el avance tecnológico y el desarrollo de su economía a partir de nuevas tecnologías. El planteamiento se concreta en tres documentos iniciales: el libro blanco Delors, el informe Bangemann y el Libro Verde, en los cuales se propone una nueva economía en Europa, basada en la utilización de digitales que permitan generar valor económico y social en tres frentes: tecnologías asociadas con la información, con las telecomunicaciones y con la comunicación digital electrónica.

² Términos usuales que han surgido para referirse a la posibilidad de implementar modernas redes de comunicación que permitan prestar servicios de trasmisión de imágenes, datos y voz, por un mismo circuito de de banda ancha, lo que supone mayores posibilidades de conocimiento, apertura de servicios y desarrollo de actividades

El Derecho, como factor central de regulación de las conductas, se vio obviamente conmovido por esta nueva realidad. Las implicancias recaen sobre sus más diversos ámbitos. No existe espacio jurídico que no haya debido avocarse a problemas o interrogantes originados por la sociedad de la información: tele trabajo, posibilidades inconmensurables de acumulación de datos sensibles -con su consiguiente manipulación y venta-, nuevas fronteras de los derechos de propiedad intelectual, problemas de conflictos de leyes (legislación aplicable, tributación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos), nuevos delitos penales ("hacking", "snifers" "estafas virtuales"), gobierno electrónico ("e-goverment"), son temas que cruzan las construcciones legales formuladas para una realidad "analógica" y de contactos en persona.

Sin embargo, esta nueva forma de contacto entre contratantes, nos pone en la incógnita sobre si las normas legales tradicionales son del todo aplicables a esta forma de comercio, o si siendo aplicables regulan en todos los aspectos que deben ser considerados al momento de hablar de comercio electrónico, inspirándonos en ello se impone la necesidad de revisar dichas formas tradicionales de realizar estos actos contra los cambios producidos por los impactos de las tecnologías electrónicas y telemáticas (Internet), y específicamente en lo relacionado con la contratación, y concretamente mas allá del simple contrato oral o escrito, se apunta a la revisión de los contratos que tengan que ver con el uso de estas tecnologías como medios o auxilios de la realización contractual. Lo que hace inexorable y conveniente revisar la actual normatividad contractual nacional a fin de que se subsane, siendo el caso, las grietas que han abierto estos avances tecnológicos inherentes al sistema de contratación por medios electrónicos que empieza a desarrollarse en Cuba, lo cual a la postre es una de las motivaciones fundamentales que inspiran el presente trabajo .

El Contrato como fuente de las obligaciones. Definición.

La premisa de la que debemos partir, para entender lo que es un contrato electrónico, es justamente la de establecer qué es un contrato. Y al respecto podemos decir jurídicamente que un contrato "Es una fuente de obligación"³. Nuestro Código Civil no precisa qué son las obligaciones⁴, DÍAZ PAIRO importante exponentes civilista lo ha definido como..."una relación jurídica en virtud de la cual una persona debe desplegar o no desplegar cierta actividad para satisfacer un interés privado de otra, quien en caso de incumplimiento de ese deber por el deudor puede obtener del patrimonio de este, mediante el procedimiento judicial adecuado, la propia prestación debida o, en su defecto, el valor económico que tiene para él".⁵

Es aquí donde entran a jugar su papel los contratos, que son una de las fuentes o causa que generan las obligaciones, es decir, que en razón de un contrato las personas se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Siendo consecuente con el ánimo del

³ Entendamos como fuentes de la obligaciones aquellas previstas por nuestro Código Civil en su artículo 47, para nuestro caso en cuestión el apartado b referido a los actos jurídicos, nos parece acertado señalar como fuente de la obligación la voluntad concordada de acreedor y deudor (contrato)

⁴ Nuestro Código Civil se limita en su artículo 223 a expresar: "Las obligaciones facultan al acreedor para exigir del deudor una prestación y se cumplen de conformidad con el título que las origina."

⁵ DÍAZ PAIRO Teoría General de las Obligaciones Volumen I, Impreso en los Talleres de la Dirección de Publicaciones y Materiales Educativos del Instituto Politécnico Nacional Tresguerras 27, Centro Histórico, México, D.F. , febrero de 1997, p23...en este mismo sentido el tratadista colombiano VELEZ considera que la obligación "Es un lazo de derecho, en virtud del cual una persona queda comprometida respecto de otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa." VELEZ, F., Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2da.Edición, Imprenta París - América, París, Tomo VI, Pág. 1.

legislador, al no constituir su intención prístina la de ofrecernos una definición legal del Contrato, no podemos por ello prescindir de lo que denominaríamos su conceptualización.

El término contrato ha sido objeto de varias enunciaciones, consideramos pertinente conocer algunos de los criterios más importantes que al respecto se han ofrecido por destacados exponentes civilistas.

GETE-ALONSO desde una perspectiva abarcadora expone que "en este sentido amplio el contrato es aquel acto de autonomía privada dirigido a producir una mutación en la realidad jurídica a través de la concurrencia de las declaraciones de voluntad de dos o más personas"⁶

El contrato según SÁNCHEZ ROMÁN, es "la convención⁷ jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer"⁸

ALBERTO BLANCO indica que "El contrato es un acto jurídico bilateral⁹ para cuya existencia se requiere (...) la manifestación de voluntad de dos o más personas; las que, reconociendo distintas causas y tendientes a diferentes fines, han de coincidir necesariamente para formar el consentimiento (...) del que se ha de derivar los efectos obligatorios de la manifestación de voluntad: todo consentimiento en este sentido, resultará obligatorio, aunque no todo contrato reconocerá como base de su eficacia el mero consentimiento"¹⁰

Como puede percibirse ambos autores destacan la relación indisoluble entre obligación y contrato, así como sientan las bases de importantes características que en lo sucesivo acompañarán el negocio contractual y que comparten otros autores.

DIEZ-PICAZO Y GUILLÓN lo definen como "el negocio jurídico patrimonial" y coincidentemente con el autor anterior, "de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"¹¹

ALBALADEJO expresa que "el contrato significa negocio jurídico bilateral (o plurilateral) consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en

⁶ GETE-ALONSO; M.C. *El Contrato*, en Manual de Derecho Civil, Tomo II, ED. Marcial Pons, Madrid, 1996, p, 595.

⁷ Este autor, entiende por convención, cualquier acuerdo de voluntades, y por contrato la convención que produce obligaciones patrimoniales. PEROZZI Y BONFANTE han rechazado la opinión de que contrato signifique convención: "la palabra romana *Contractus*, dice BONFANTE, mas que el acuerdo de voluntades, alude y da realce al negocio o a la relación, causa del vínculo obligatorio" cit. pos CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, ED. Reus S.A., Madrid, 1992, p. 510. El tratadista colombiano VÉLEZ nos dice: "La palabra convención se deriva de *venire cum*, encontrarse, reunirse, porque efectivamente la convención o contrato, es el resultado del acuerdo de dos o más personas para crear alguna obligación o para extinguir o modificar una preexistente. En suma: el contrato crea o extingue obligaciones"; y continúa el maestro VÉLEZ diciendo: "Que convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y contrato, la convención en que una o muchas personas se obligan respecto de otra u otras a una prestación cualquiera. De aquí que todo contrato sea una convención, y que toda convención no sea un contrato, aunque surta efectos civiles." VELEZ ob., cit, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, p. 164.

⁸ SÁNCHEZ ROMÁN *Cit. pos* PERAL COLLADO, D. *Obligaciones y Contratos, Civiles*, 1980, p. 22.

⁹ La bilateralidad del contrato no significa en modo alguno que no existan contratos unilaterales en los que las obligaciones corren únicamente a cargo de una de las partes. Hablamos de bilateralidad en el sentido de la concurrencia de dos manifestaciones de voluntad que buscan el consenso.

¹⁰ BLANCO A.: *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, t II, segunda edición, La Habana, 1948, p. 48.

¹¹ DIEZ-PICAZO, L y A GUILLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol, 2º, Sexta Edición, ED. TECNOS, S.A., Madrid, 1999, p. 29.

el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan cualesquiera efectos jurídicos”¹²

Estos dos últimos manejan criterios con más de un punto de contacto y que sin lugar a dudas aportan las ideas que infaliblemente acompañarán al contrato, me refiero a la bilateralidad o plurilateralidad como característica indeleble del contrato así como lo referente a negocio jurídico¹³.

En algunas legislaciones foráneas encontramos definiciones como el caso del Código Civil italiano quien en su artículo 1.321 dispone que el contrato “es un acuerdo de dos o mas partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.”

Con idea similar el Código Civil suizo señala que “hay contrato si las partes manifiestan de una manera concordante su voluntad recíproca; esta manifestación puede ser expresa o tácita”.

Otros *Codes* no ofrecen lo que en buena técnica constituye una definición pero sí aportan las ideas esenciales, el Código Civil Alemán prescribe que “para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido de un negocio obligacional se exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo”.

El Código Civil de Puerto Rico de 1930, en su artículo 1206 (31 L.P.R.A. sec. 3371) lo delimita como sigue: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa, o prestar algún servicio”

El Código Civil Español, habla del contrato en el Art. 1.254, pero como el alemán y como más adelante se verá en el cubano , tampoco da una definición: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otro u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Siguiendo a Díez Picazo¹⁴, puede afirmarse que aunque la declaración que realiza el citado artículo no tenga los caracteres lógicos de una definición acabada, al menos brinda una idea precisa de lo que es el contrato, alrededor de la cual habrán de girar las indispensables consideraciones que quieran hacerse de esta institución.

Por su parte el Código Civil cubano, dedica varios artículos al contrato, pero en ninguno de ellos brinda una conceptualización exacta de este. El artículos 309, es el que más se acerca a una definición, cuando dice “Mediante el contrato se constituye una relación jurídica o se modifica o extingue la existente.”

¹² ALBALADEJO, M. El Contrato, en Manual de Derecho Civil, Tomo II, ED. Bosch, Barcelona, 1997, p. 197.

¹³ Atendiendo a su estructura el negocio jurídico contractual puede ser entendido en varias vertientes: Una encaminada a considerarlo un documento contentivo del clausulado o condiciones contractuales; criterio que induce a considerar el contrato como el documento en sí, cuestión a mi criterio desacertada, pues el documento solo es la forma de materializar el contenido; no olvidemos que un contrato puede concertarse de forma verbal y no por ello dejará de ser tal; Y otra en la que se entiende como negocio jurídico bilateral, precisando que exista una confluencia de voluntades para su conformación, destacando que todo acuerdo de voluntades no conlleva necesariamente a un contrato, solo aquellos dirigidos a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, idea esta última que considero más feliz y que comparto.

¹⁴ Díez PICAZO, L. en Comentarios del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 429.

Una vez expuestas las consideraciones anteriores entendemos el contrato¹⁵ como aquel acuerdo de voluntades entre dos o más partes, capaz de producir efectos jurídicos consistentes en crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligatoria.

Ahora bien considero que debe quedar precisado que cualquier intento de conceptualizar la figura del contrato no puede desechar dos ideas fundamentales: la voluntad¹⁶ y la relación jurídica obligatoria. Por lo que con total certeza podemos concluir y afirmar que es el contrato la principal fuente de las obligaciones.¹⁷

Contrato electrónico.

Sin lugar a dudas la contratación electrónica tiene varios puntos en los que se distancia de la contratación tradicional: en primer lugar puede hablarse del cambio en el soporte documental, material al soporte electrónico, que implica una sustitución del documento escrito en papel al documento electrónico y el correspondiente reemplazo de la firma material, auténtica por la firma electrónica. Como segunda cuestión podemos valorar el hecho de la ausencia física de las partes, pues la contratación electrónica generalmente se realiza entre personas situadas geográficamente distantes, aunque puede contratarse en tiempo real –on line- implicando una comunicación simultánea de las partes.

Hay cierto consenso en cuanto a la definición de contrato electrónico¹⁸ En sentido estricto, se trata de aquellos contratos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. Frente a esta noción, existe una más amplia, que incluye dentro de la categoría a todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos (aunque no sean ordenadores: fax, telex, teléfono)¹⁹.

Con anterioridad a Internet, existía –y aún existe- el EDI²⁰ (intercambio electrónico de datos), el cual posibilita un intercambio de mensajes con capacidad suficiente para

¹⁵ El concepto moderno de contrato se basa en sí en tres presupuestos fundamentales: la economía liberal, la igualdad de los contratantes, y la autonomía de la voluntad. El contrato como fenómeno volitivo jurídico sufre sucesivas erosiones, expresa lo que ocurre en el ámbito económico, al ser el cauce para el intercambio de bienes y servicios entre las personas.

¹⁶ A la que se hará especial referencia más adelante.

¹⁷ El contrato crea un vínculo obligacional en el que las partes quedan inmersas porque así lo han querido, pero pueden además, en virtud de la fuerza de sus voluntades, modificar o extinguir tal vínculo del mismo modo que lo hicieron nacer a la vida jurídica.

¹⁸ MÁRQUEZ P, "Reflexiones conceptuales acerca de los términos comercio electrónico, contratación electrónica, contrato electrónico", en Alfa - Redi: Revista de Derecho Informático, Nº 127, Abril 2004, en <http://www.alfa-redi.org/revista/data/71-3.asp>, (Consultado 11 de abril 2008) distingue entre contratación electrónica, entendiendo por tal los acuerdos de voluntades que se transmiten y formalizan plenamente a través de medios electrónicos, del contrato electrónico, en el que se hace referencia al documento electrónico en el que se contenga el clausulado del contrato celebrado y, en su caso, la firma (electrónica) de las partes.

¹⁹ MIGUEL ASECIO, P, Derecho Privado de Internet. ED. Civitas, Madrid, 2002, pág. 289.

²⁰ El intercambio de datos o mensajes electrónicos, vehículos de las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) que concluirán el contrato, puede realizarse en redes cerradas (acuerdos conocidos como EDI –electronic data interchange-) o en redes abiertas (como la Internet). El contrato EDI trae al derecho menos problemas, pues, por lo general, está precedido por un acuerdo de intercambio de datos, en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones. La contratación en redes abiertas, por el contrario, presenta numerosos aspectos a resolver. Los principales: asegurar la identidad de las partes autoras de los mensajes (que los generadores de los mensajes no hayan sido suplantados); la integridad del mensaje (que no se haya producido la alteración, provocada o accidental, del mensaje transmitido); la emisión y recepción del mensaje (el no repudio) y la interceptación del mensaje por persona no autorizada. Es necesario, entonces, implementar métodos tecnológicos que permitan asegurar que el mensaje proviene de

vincular a las partes contractualmente. El EDI, precisa la concurrencia de acuerdos previos mediante los cuales se fijan un conjunto de reglas a seguir, con el objeto de hacer más seguras las transacciones que por este medio se efectúen.²¹

El acuerdo de voluntades a través de medios electrónicos no implica un nuevo concepto jurídico, al que deba aplicársele un nuevo instrumental para regulárselo. El mantenimiento del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados y la equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos son dos de los principios que rigen la contratación electrónica. a) A través de la regla de la permanencia del derecho preexistente "(...) se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el comercio electrónico, no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos"²²

Así la contratación electrónica sería, de acuerdo al Art. 18.1 del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico español "*aquella que ha sido celebrada sin la presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos.*"

En opinión de BARRIUSO RUIZ, la contratación electrónica es "aquella que con independencia de cual sea su objeto, que puede ser también la informática, aunque no necesariamente, se realiza a través de medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores."²³ Pues bien podría ser mediante un teléfono, cajero automático, o cualquiera de los medios ya mencionados.

Para DÀVARA, es la "que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo."²⁴

"La contratación por medios electrónicos es un sistema de contratación peculiar basado en las tecnologías telemáticas que les sirven como ayuda, auxilio o elementos que intermedian para que las partes o personas puedan manifestar su voluntad y contratar(...), cuya peculiaridad es el uso de un sistema transmisor electrónico/digital usada por el emisor humano iniciador o agente capaz oferente de la propuesta contractual, un medio de transportación que es la vía por donde fluye la información o datos llevando el mensaje contractual."²⁵

quien dice enviarlo, que no ha sido alterado desde su envío, el no repudio o rechazo respecto al envío y a la recepción del mensaje y la confidencialidad

²¹ "(...)La adopción de un acuerdo de este tipo fomenta la seguridad jurídica al pactar el régimen de cuestiones carentes con frecuencia de regulación en los ordenamientos nacionales, al tiempo que recoge el compromiso de las partes de que el intercambio electrónico de datos es una vía para la formación entre ellas de contratos con la misma eficacia que los concluidos por medio del intercambio de documentos de papel (...) MIGUEL ASENSIO, ob. cit., p. 296. Para un tratamiento integral de los contratos EDI, JULIA BARCELO R., *Comercio Electrónico entre Empresarios. La formación y prueba del Contrato Electrónico*, ED. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

²² ILLESCAS ORTIZ, R, (...)parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica...Así, de una parte, los elementos esenciales del negocio jurídico: consentimiento y objeto, causa en los ordenamientos romanos, así como sus manifestaciones y defectos- y, de otra, la tipología contractual preexistente no sufren alteración significativa...". Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 41.

²³ BARRIUSO RUIZ, C. *La contratación electrónica*, ED, Dykinson, Madrid, 1998, p. 359.

²⁴ DÀVARA RODRÍGUEZ, M.A. Manual de Derecho Informático, Pamplona, 1997, p. 171.

²⁵ ARMAS MORALES, C.E. *Sistema de Contratación por medios electrónicos*: manifestación de voluntad...ob. cit, p, 1. Capítulo III.

Cristian HESS plantea que "el contrato electrónico puede ser entendido en dos contextos: en sentido amplio y objetivo, como cualquier contrato cuyo objeto sea un bien o servicio informático o relativo a la informática; en sentido estricto y formal, sería aquel confeccionado por medios electrónicos, independientemente del objeto."²⁶

EL CONSENTIMIENTO

La voluntad constituye la columna vertebral del negocio jurídico, aunado al objeto y la causa es uno de sus elementos esenciales comunes²⁷. El contrato es un negocio jurídico que requiere la existencia de la declaración de voluntad de sus artífices, de tal manera que estas sean recíprocas y coincidentes para alcanzar un fin común.

El contrato se considera como estructura consensual desde el punto de vista técnico, pues se entiende por tal a la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, de lo que se deduce la importancia trascendental del consentimiento como elemento del contrato, que incluso lo define resumidamente.²⁸

Así, el consentimiento consiste en la concordancia de las dos o más voluntades de las partes que celebran el contrato, sin cuyo consenso no puede llegar a formarse el contrato.²⁹

De esta manera podemos definir el consentimiento como la coincidencia de dos o más manifestaciones de voluntad para la producción de consecuencias jurídicas, las que sólo se producirán debido a que son queridas de igual forma por las partes. La manifestación de voluntad implica tanto una voluntad consciente como una conducta observable de una persona capaz de dar a conocer a la contraparte su intención de que se produzcan consecuencias de derecho. De esta forma la voluntad se desdobra en dos sentidos, uno subjetivo pues implica una voluntad consciente de producir consecuencias de derecho; y otro objetivo que implica una conducta observable, que tiene por objeto expresar dicha

²⁶ HESS, C. *Contratos Informáticos: propuesta de clasificación para efectos didácticos*, en: <http://www.Alfa-redi.org> (Consultado 16 de marzo 2008).

²⁷ Un importante sector de la doctrina reconoce la Forma como elemento natural del negocio jurídico, en este sentido encontramos los criterios expuestos por DIEZ-PICAZO para quien la forma es el equivalente a medio de exteriorización de la voluntad, que representa el tránsito de la identidad subjetiva a la exteriorización objetiva, explicando que pueden existir varias acepciones, una más amplia en la cual la forma sirve para designar el vehículo o medio de expresión (en tal sentido todos los actos serían formales) y otra estricta, más técnica, en que la forma es todo aquello que el Derecho exige por encima y además de la simple voluntad, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica. DÍEZ- PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial I. Introducción a la Teoría del Contrato*. Cuarta edición. Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 247-254 y DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, revisada y puesta al día, Tecnos, 1990, p. 522. Coincidiendo en tal aseveración la Doctora OJEDA RODRÍGUEZ apunta que la forma debe ser considerada un elemento natural del negocio pues la declaración de voluntad necesita exteriorizarse por lo que al hablar de solemnidad se hace referencia a un medio concreto que el ordenamiento jurídico o la voluntad de las partes exige para la exteriorización de la voluntad. OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy C. "Clasificación de los contratos" en Colectivo de Autores. *Derecho de Contratos*, t-1. Teoría general del contrato. Ed. Félix Varela, 2003, p.118. Con más precisión la Doctora HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ L., considera que si bien la defensa de la forma como elemento natural del contrato tiene su lógica explicación, cuando este elemento resulta imprescindible para que el acto adquiera plena validez y eficacia y en defecto es causa de nulidad absoluta, entonces estaríamos en presencia de un elemento esencial. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ L., "La forma como tipo legal en Derecho internacional privado. Regulación patria".

²⁸ PUIG FERRIOL *et al.*, *Manual de Derecho Civil*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 531.

²⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, volumen primero, *La obligación y el contrato en general*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 358.

voluntad. La confluencia entre la voluntad y la conducta que la exterioriza es un presupuesto de validez de la misma.

¿Es válida la manifestación de la voluntad cuando se utilizan las nuevas tecnologías de la información?

El acuerdo de voluntades al que se llega a través de medios electrónicos no implica un nuevo concepto jurídico, al que deba aplicársele un nuevo instrumental para regularse. La noción misma de contrato no se modifica. Es el medio el que es sustancialmente diferente, pues carece de corporeidad y, por ello, acarrea riesgos a las partes, que la ley debe distribuir. El contrato electrónico es regido por los principios generales de los contratos y las obligaciones. Veamos dos de ellos:

A través de la regla de la permanencia del derecho preexistente "(...) se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el comercio electrónico no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos (...)"³⁰

La equivalencia funcional de los actos electrónicos significa que "(...) la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa o eventualmente su expresión oral, respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente si se formaliza en forma electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, alcance y finalidad del acto así instrumentado (...)"³¹

A través de la aplicación de este principio se persigue la no discriminación de las declaraciones de voluntad o de ciencia emitidas por medios electrónicos, respecto a las expresadas en forma manual, verbal o gestual. El artículo 141 del Código Civil peruano, modificado por Ley 27291, de 23 de junio de 2000, expresa que en los casos en que la ley establezca que la voluntad debe manifestarse mediante alguna formalidad o requiera firma, ésta podrá ser generada o comunicada por medios electrónicos, ópticos u análogos. La Ley colombiana, siguiendo en forma textual la propuesta de ley uniforme de la UNCITRAL, en sus artículos 14 y 15, asegura la equivalencia de las declaraciones por medios electrónicos a las formuladas por otros medios³².

La problemática humana del diálogo contractual y los vicios de la voluntad por medios electrónicos.

Según explica el profesor Díez-Picazo "para que exista un contrato, debe existir un consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre. Cuando alguna de estas cualidades o condiciones del consentimiento no se da, se dice que el consentimiento se

³⁰ "(...)parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica...Así, de una parte, los elementos esenciales del negocio jurídico consentimiento y objeto, causa en los ordenamientos romanos, así como sus manifestaciones y defectos- y, de otra, la tipología contractual preexistente no sufren alteración significativa...". ILLESCAS ORTIZ, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 46.

³¹ ILLESCA ORTIZ R., obra citada, p. 41.

³² Artículo 14. Formación y validez de los contratos. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos. Artículo 15. Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos".

encuentra viciado. Un vicio del consentimiento existe siempre que la voluntad contractual se ha formado defectuosamente."³³

GUERRA BALIC, con total acierto indica que " como en toda relación contractual existe la posibilidad de que produzcan vicios en el consentimiento a la hora de celebrar un negocio jurídico, y en caso de los contratos celebrados por elaborador electrónico no es una excepción..."³⁴, mas aún podemos agregar los vicios o limitantes de la voluntad, se gestan en la misma estructura de la conciencia e intelecto del hombre, por lo tanto no hay ninguna diferencia cuando la voluntad del hombre sea manifestada por medios naturales, mecánicos o electrónicos, pues el elemento humano es el mismo en cualquier circunstancia, y la herramienta tecnológica telemática, es solo eso, un mero instrumento con las que las partes o agentes contratantes se ayudan para emitir o manifestar su voluntad, llámese oferta, aceptación, contraoferta etc.

Siguiendo el criterio del autor español BARRUISO RUIZ³⁵ los errores que se producen de manera accidental o intencional se pueden resumir en los siguientes. Enumeración meramente ilustrativa y no taxativa.

- a) Pérdida o demora: en la pérdida se entiende que el documento ha sido enviado. En entornos "Just in time" un retraso puede perjudicar definitivamente un documento como si de pérdida se tratase y hacerlo inservible fuera del momento.
- b) Repetición: copias del documento. El carácter de clónico hace imposible discernir sobre su originalidad, a menos que se le dote de alguna estampación.
- c) Manipulación ilícita: afecta a la integridad del documento o del programa, sería un supuesto de dolo, el documento declarado no contiene los mismos caracteres que el recibido, sus consecuencias varían, las partes pueden no detectar la intervención en el momento de la perfección del contrato y ser detectada en una fase de cumplimiento posterior.
- d) Confidencialidad.
- e) Trazabilidad: Consiste en observar el flujo o itinerario de los datos (no el contenido de los datos) para deducir conductas, interlocutores o datos de actividad.
- f) Mascarada: interferir una comunicación falseando la autenticidad del emisor o receptor del mensaje, por medio de una intermediación no detectada. La mascarada puede ser continuada e imperceptible, "escuchando escondido" y haciéndose pasar por uno de los interlocutores o partes, hasta que interese hacerse presente o deshacer la mascarada para evitar pruebas.
- g) Repudio: negar el envío o recepción del mensaje.
- h) Fallos técnicos en la transmisión o en los equipos: servicios portadores, servidor final, enlaces, servidor de acceso, máquinas, etc. Con el resultado de intentado no conseguido o intentado y transmisión no recibida, o transmisión errónea en la identificación de las partes, o en el contenido, aparentemente puede contener errores no invalidantes, pero que realmente quede afectada. Tendrá que examinarse la diligencia del usuario.
- i) Imposibilidad de comunicación: protocolos no adecuados, o sistemas incompatibles.

³³ DIEZ-PICAZO L, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I Introducción Teoría del Contrato, V I, Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid 1993, p. 157

³⁴ GUERRA BALIC, J., 1995 "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", Informática y Derecho No. 8 Edita UNED Centro Regional de Extremadura, España 1995, p. 63-131.

³⁵ BARRUISO RUIZ, C., La Contratación Electrónica.... Ob. Cit p. 141

- j) Contradecларaciones: documentos electrónicos con fecha posterior al contrato.
- k) Software: manipulación intencionada, cambio del programa, corte de suministro, virus devastador y virus con funciones específicas como recopilar datos, o códigos, sabotaje o errores de programación, pueden provocar graves errores en la contratación o en la fase de formación del programa.
- l) Fuerza mayor, caso fortuito, terrorismo, pulso magnético, etc.
- m) Indevida manipulación o errores del usuario.

El Error

CASTÁN TOBEÑAS define "el error como el conocimiento falso de una cosa o de un hecho " definición muy simple que no cubre la serie de circunstancias y requisitos que merecen una mayor delimitación³⁶, por lo que encontramos más acertada la tesis de ANÍBAL TORRES quién expresa que el error "es la falsa representación mental de la realidad (de hecho o de derecho) o la ignorancia de la misma", agrega "ausencia de conocimiento de la realidad" por lo que el error no elimina a la voluntad, solamente vicia el proceso formativo de la determinación volitiva, acotando "quien quiere por error, quiere realmente, pero no hubiera querido o hubiera querido con otro contenido si no hubiese estado en error."³⁷, por su parte J.G. Lohmann Luca de Tena indica que "el error constituye un desencuentro entre lo que es objeto materia de conocimiento y de juicio, y el conocimiento que se adquiere de él".³⁸

La contratación electrónica se caracteriza entre otras por la mayor utilización de instrumentos físicos y lógicos interpuestos, incorporeidad de las relaciones y representación virtual o digital del objeto, uso de claves u códigos de identificación, acuerdos de intercambio, entre otros.

Cuando media la utilización de la técnica informática y electrónica y no se manejan con la diligencia debida no es recurso suficiente para estimar el error, pues humanamente se ha decidido libre y conscientemente hacer huso de estas. En cambio pudiera valorarse distinto el caso en que no se actúe observando una mínima diligencia debida y se de una conducta negligente, el error entonces es imputable al que lo padece, pues si el programa utilizado advierte de las consecuencias de las pulsaciones o activación de sus programas y aún así el usuario contrata algo que en realidad no quería por no haber manejado correctamente el programa, o ejecuta uno distinto, debió abstenerse de utilizarlo si no estaba familiarizado o ilustrarse más al respecto.

"Error es propio o error vicio cuando la voluntad ha sido viciosamente formada sobre la base de un inexacto conocimiento de la realidad o sobre una equivocada creencia o representación mental.

El **error es impropio u obstativo** cuando la voluntad se ha formado correctamente sobre un exacto conocimiento de la realidad y la equivocación se produce al declarar o transmitir esa voluntad"³⁹

En un sistema de contratación totalmente automatizada, ponemos en debate dos extremos que nos pueden dar claridad para asumir una correcta reflexión. Asumiendo un primer extremo decimos que la máquina o computador es el terminal más elaborado que

³⁶ CARRASCOSA LÓPEZ, V., y otros. 1997 *La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual*, Editorial Comares S.L. Granada-España.

³⁷ TORRES VASQUEZ, A., 1998 Acto Jurídico. Primera Edición, Editorial San Marcos Lima.

³⁸ LHOMAN LUCA DE TENA, G., 1997 Negocio Jurídico. Editora Jurídica "GRIJLEY" EIRL 2º. Edición, 2º Reimpresión, Lima Perú.

³⁹ Así DIEZ-PICAZO. *Fundamentos...Ob. Cit.*, p. 179.

podemos concebir, el software es un algoritmo o conjunto de procesos lógicos para encontrar una solución a un problema en forma automática o coadyuvar a los actos del hombre, tal como comprar, vender, etc., diseñado o mandado diseñar por una de las partes o las dos partes, que integrados a la parte física: hardware, constituyen un ordenador o elaborador electrónico (máquina en el sentido general) , este terminal "consiste en un aparato que transforma la energía eléctrica, en información electromagnética que es almacenada en uno de los contenedores (banco de datos o disquetes) ...lo cual por medio de unos impulsos electromagnéticos es puesta en relación por medio de unos procesos lógicos (programas), elaborados por el hombre, y transmitida al exterior..."⁴⁰, para los diversos fines; ahora bien, cuando las partes, han dejado en el programa sus voluntades en relación a un negocio, estas accionarán cuando interactúen las máquinas que soportan estos programas de acuerdo a ciertos parámetros o variables; ha de tenerse en cuenta que el programa considera un grado de posibilidades o de "actuaciones" de la máquina muchas veces impensadas por los agentes, más aún las partes incluso pueden concebir esta posibilidad ligado al "razonamiento y actuación de la máquina", ante una alternativa presentada y a la cual la máquina tiene que "actuar". Pero, ¿qué papel juega la máquina, o concretamente el programa como "cerebro del ordenador" en sí?, luego es un asistente material coadyuvante como cualquier otro medio tecnológico a la realización contractual, pero preguntémonos: ¿decide?, ¿manifiesta? Creemos desde una óptica humanística que no, pues todas estas funciones lo tiene solamente la persona humana y el software es sólo un programa donde se ha congelado y concentrado una voluntad en una sola "acto" de la máquina, es decir ha concentrado su percepción, juicio, decisión y manifestación en una sola "actuación", la cual ocurre en el momento que es excitado por otra máquina o algún agente humano. De tal manera que todo error o mala actuación o discordancia entre la "voluntad interna" y "la declaración" en la máquina, estaría en la voluntad interna del agente, mas no en la declaración, porque los autómatas o máquinas están programadas para un automatismo perfecto y si hay imperfección es por la voluntad humana.

No obstante, desde un segundo extremo, pensamos que la máquina es un ente autónomo, pero esta autonomía dependería de su grado de sofisticación, en el sentido de que "pueda decidir" y aun "actuar" y determinar los casos supuestos por el hombre (de probable ocurrencia o que probablemente ocurra) basado en las instrucciones del programa o sistema de expertos.

En ese sentido el hombre está en capacidad de prever situaciones o por lo menos un margen de ocurrencia dado que está informado de la capacidad del software, hasta dónde puede llegar; hasta aquí, el error sería de vicio por que está en las posibilidades del hombre, no obstante la máquina puede, enlazando instrucciones y o rutinas (dado que tiene una lógica de actuación) , sacar a la luz algo no previsto o tener "una actuación" impensada por el hombre, es decir "actuar por su cuenta", lo que aparentemente le daría cierta autonomía, pero esta es una autonomía digamos "fría" basado en la lógica del programa, y que el hombre no pudo prever ya que las personas también en ciertas situaciones extremas no sabemos como podríamos actuar (una emoción violenta, una situación embarazosa...).

En el artículo 70 del Código Civil Cubano el inciso a)⁴¹ se refiere al error que se produce cuando ha habido un disenso en las voluntades, es decir hay un cruce de tal manera que no coinciden la voluntad interna con la declarada. Estamos ante el llamado error impropio

⁴⁰ GUERRA BALIC, J., *"La conclusión de contratos por medios informáticos"*, ob., cit., p. 63-131.

⁴¹ Artículo 70 Existe error si:

a) Existe error si: los términos de la manifestación de voluntad no responden a la verdadera intención del manifestante

u obstativo⁴², que no afecta la formación interna de la voluntad sino su declaración dado que se ha formado sobre un exacto conocimiento de la realidad.

Un sector de la doctrina- PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, PUIG BRUTAU- considera oportuno equiparar el error obstativo al error vicio fundado en razones de que el resultado de hecho de ambos es para el que yerra el mismo, así como también ha de protegerse la actitud de confianza del destinatario.

El legislador cubano aún cuando sanciona tanto a uno como a otro error con la anulación del acto, introduce al primero en el Código de 1987, pues no aparecía regulado en la norma precedente.

El inciso b)⁴³ - y los siguientes- del propio artículo 70 señalan el error que se produce cuando la realidad no es la correcta e incide a tal extremo en la voluntad que esta queda viciada, el llamado error propio⁴⁴ o error vicio de la voluntad.

El error en la declaración (obstativo), tal como por distorsión de la tecnología voz-escucha, que nos hace caer en un error esencial (sustancial) y errores incidentales o accidentales, dentro de este últimos, es perfectible con la naturaleza de los sistemas electrónicos, tal como la variación de algunas cifras o su eliminación, en un momento dado, debido a una caída de tensión o defectos en el programa; esta última situación es poco probable el error de cálculo provenga de la estructura lógica del software, dado que el software tienen un mecanismo de prueba que podría descartar algún vestigio

En el inciso c)⁴⁵ del cuerpo legal antes mencionado se describe el error que se produce cuando el manifestante tuvo en cuenta otra cosa u otra persona distinta o de cualidades distintas de aquella que es objeto del acto. También en este caso estamos en presencia del error propio de carácter esencial, que recae sobre la voluntad interna anormalmente formada, afectada por la falsa representación mental de la realidad.

En materia de ineficacia contractual debemos señalar que el contrato nulo no merece atención por lo que el ordenamiento no le ofrece amparo alguno, así como tampoco a las prestaciones que de él se derivan, de tal suerte que nunca llegará a producir consecuencias jurídicas al soportar un defecto que lo invalida. No requiere el contrato nulo que se ejercite acción alguna por parte de los interesados, pues esta es meramente declarativa así como lo es la sentencia que como consecuencia del ejercicio de tal acción resulte, la acción de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción. Nuestro Código Civil enumera taxativamente los supuestos de nulidad en su artículo 67.

En cambio los contratos anulables nacen eficaces, concurren en ellos los requisitos de validez. La anulabilidad se caracteriza inicialmente por ser un medio jurídico que se deja al arbitrio de las partes, quienes deciden si el contrato es válido o no, correspondiendo ejercitar dicha acción a la persona titular del interés que se trata de proteger- la persona que ha sufrido el o los vicios- entendiéndose al error, el fraude y la amenaza causales de

⁴² Ejemplo de ello es el caso en que A desea contratar por vía electrónica a B para que le instale en su computadora el ultimo antivirus que ha salido al mercado, y en ves de expresarle esto no se supo explicar bien por le que B le instala un programa para rastrear contraseñas.

⁴³ Artículo 70 Existe error si:

b) el manifestante ha querido realizar un acto distinto al efectuado.

⁴⁴ Así, por ejemplo, si A concertó con la empresa CUBACAR a través del sitio destinado por este a la renta de autos, uno de estos creyendo que era del modelo VW y por esta razón manifiesta su voluntad para efectuar el negocio, A se creado una falsa creencia en cuanto a la marca del auto, motivo en el que funda su actuar.

⁴⁵ Artículo 70 Existe error si:

c) el manifestante tuvo en cuenta otra cosa u otra persona distinta o cualidades distintas de aquéllas que es objeto del acto.

anulabilidad. La acción para obtener la declaración de ineficacia del acto anulable prescribe al año. De esta manera es regulado en los artículos del 69 al 74 y 116 inciso c todos del Código Civil lo concerniente a la anulabilidad como variante de ineficacia.

El dolo

DIEZ-PICAZO lo precisa como "complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio".⁴⁶

LOHMANN LUCA DE TENA expresa que "dolo significa engaño, que no es otra cosa que la acción u omisión por la cual una persona hace crear a otra algo que no se ajusta a la verdad"⁴⁷, por su parte el tratadista ARGENTINO BORDA, expresa que tiene 3 significaciones "1) la intención de cometer un daño,2) el incumplimiento deliberado, intencional de la obligación contraída,3) es un vicio de los actos jurídicos"⁴⁸.

La legislación extranjera ofrece un tratamiento similar en materia de dolo⁴⁹ contractual, exigiéndose en algunos casos requisitos para su configuración⁵⁰.

El ordenamiento patrio en cuanto al vicio tradicionalmente conocido en la doctrina como dolo plantea que debe estimarse que existe cuando una persona se vale de artificios o engaños para inducir a otra a otorgar su voluntad para la realización de un negocio que de otra forma no hubiera efectuado. El legislador cubano apostó por denominar a esta figura como **fraude**, regulándolo en el artículo 71 del Código Civil, y se configura cuando una parte infunde en la otra una falsa creencia, o la confirma en ella, a fin de que emita una manifestación de voluntad que en otras circunstancias no habría hecho. De esta manera se logra una clara distinción entre el dolo penal y el fraude. La redacción del artículo abarca tanto la acción de inducir la falsa creencia, así como la confirmación de ella en el otro sujeto.

En este mismo sentido la Doctora CARIDAD VALDÉS apunta que "el Código Cubano, en su instrumentación de esta figura ha incurrido en un defecto técnico jurídico, pues describe el fraude de manera que sólo es posible aplicar al negocio contractual, pues se refiere a las maquinaciones o astucias que utiliza una parte frente a la otra, situación que no se da en el testamento, que también puede estar afectado por fraude, pero proviniendo las maquinaciones insidiosas de terceros, no de otra parte, pues en este negocio no hay más parte que el testador. Apareciendo regulados los vicios de la voluntad en la Parte General

⁴⁶ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* Ob. Cit., p. 170.

⁴⁷ LOMANN LUCA DE TENA, G. 1997 *Negocio Jurídico*, Pág.493. Editora Jurídica "GRIJLEY" EIRL 2º. Edición, 2º Reimpresión, Lima Perú

⁴⁸ BORDA, *El contrato en general*, Primera Parte, Tomo II, 1996, UCP. p. 246.

⁴⁹ Cuestión esta que junto a la violencia y la intimidación requieren su precisa acreditación, sustentándose en el fundamento de que la voluntad, vértice cardinal de la contratación debe ser libre, racional y consciente.

⁵⁰ En este sentido el Código Civil argentino establece en su artículo 932: Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

- 1 - Que haya sido grave;
- 2 - Que haya sido la causa determinante de la acción;
- 3 - Que haya ocasionado un daño importante;
- 4 - Que no haya habido dolo por ambas partes.

En cambio el Código civil de Puerto Rico aunque siguiendo la línea tradicional de su homólogo español recoge en su artículo 1222 sección 3409, el efecto del dolo grave o del incidental:

Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó, a indemnizar daños y perjuicios.

del Código, deben aplicarse a todo acto jurídico regulado en su Parte Especial, por lo que la redacción de este artículo, en el sentido antes apuntado, resulta inadecuada.”⁵¹

En la contratación electrónica también podemos encontrar vicio por acción dolosa, tal como en la circunstancia que una de las partes pueda tener conocimiento, al ofrecer algún producto, que en forma deliberada y acomodando el programa, muestre un producto cuya apariencia sea muy diferente a la realidad, induciendo a la compra o adquisición, que si bien lo hubiera visto en su apariencia real, no lo hubiera comprado. Asimismo el tratadista argentino LORENZETTI cree que encuentra dolo "en algunos sitios de subasta en las que hay ofertas de dinero armadas para engañar sobre el verdadero valor" e igualmente lo encuentra en "bienes para vender que tienen características falsa imposibles de constatar por el comprador, ya que no hay pruebas empíricas"⁵²

La Violencia y la Intimidación.

En otro extremo encontramos la violencia: cuando el consentimiento es arrancado al emplearse una fuerza irresistible, empleándose la fuerza bruta y material que inutiliza la voluntad, siendo esta causal de nulidad⁵³. En este mismo sentido se orienta el Código Civil cubano, al reconocer la violencia física como causal de nulidad⁵⁴

La intimidación en cambio se configura en primer lugar por una amenaza, la cual supone el anuncio de un mal inminente y grave; y en segundo la creación de un estado de temor o de miedo en la persona, debiendo ser racional y fundado. Es menester que esta amenaza de un mal grave influya decisivamente en el ánimo del sujeto pasivo del negocio para considerarla como vicio de la voluntad, dando lugar a la anulabilidad⁵⁵.

En caso de la intimidación cuando se inculca al agente el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave a su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de

⁵¹ VALDÉS DÍAZ C., Derecho de Contratos, Tomo I Teoría general del contrato, Editorial Félix Varela, p. 69

⁵² LORENZETTI, R., 2001 Comercio Electrónico Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

⁵³ Concordantemente el Código Civil de Puerto Rico recoge en su preceptiva los requisitos para configurar estas figuras en su artículo 1219 sección 340:

Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, y a la condición de la persona.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.

⁵⁴ Artículo 67: Son nulos los actos jurídicos realizados:

c) con violencia física;

⁵⁵ En este sentido el Código Civil argentino se pronuncia como sigue:

Artículo 937: Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.

Artículo 938: La intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión.

Artículo 939: No hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se redujese a poner en ejercicio sus derechos propios.

Artículo 940: El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos.

Artículo 941: La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él.

consanguinidad o segundo de afinidad e igualmente los bienes correspondientes⁵⁶ a las personas que están comprendidas en este grupo, se extienden los efectos de la anulabilidad

El Código civil de Puerto Rico añade una modalidad de violencia o intimidación, llevada a cabo por un tercero.⁵⁷

La legislación peruana, en el Código Civil lo regula en dos artículos, el 214 (violencia e intimidación) y el 215 (intimidación) comentado por JG LOHMANN LUCA DE TENA indicando "que la violencia compulsiva excluye la voluntad, y la intimidación y la violencia compulsiva, la vician".

La normativa cubana en materia de coacción moral que configura vicio del consentimiento lo regula bajo la denominación de **amenaza**, "es el temor racional y fundado que se inspira a una persona por otra, para obligarle, mediante amenaza injusta o ilícita, contraria a derecho, a emitir una declaración de voluntad. La misma existe si el manifestante obra bajo los efectos del temor provocado por medio del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de él o de un tercero. La amenaza se caracteriza por tener efectos mediatos, es decir, normalmente media un período de tiempo determinado entre el actuar del agente que infunde el temor y el actuar del que sufre la intimidación, detalle que puede apreciarse en la redacción adecuada de éste artículo que se refiere al actuar del manifestante de la voluntad viciada "bajo los efectos" del anuncio en cuestión. Puede provenir de una de las partes del negocio o de un tercero, afectando tanto al negocio contractual como al testamento. Mientras que declara nulo los actos realizados con violencia física según el Art.67c) siendo esto algo novedoso pues hoy en día la violencia y la intimidación pueden estar separadas".⁵⁸

Estos actos podrían configurarse en el hecho de exigir a un sujeto a efectuar un acto jurídico, en condiciones poco ventajosas y obligado a hacerlo bajo amenaza, o también, cuando se le exige que realice transacciones o pagos así como manipular el programa para favorecerse o favorecer a alguien, todo ello bajo la amenaza de ejercitar acciones fundadas eminentes y graves tal como la amenaza de ejecutar a un pariente raptado, destruir su casa, invadir de virus su base de datos etc. Debe tenerse en cuenta que la amenaza debe ser de tal magnitud y no una simple amenaza o una broma de muy mal gusto que no anula el acto. Otro ejemplo es cuando L recibe un Mail en su ordenador de un sujeto X en el cual le informa que si no contrata a una compañía llamada M para que le cambie la red y los servidores de la compañía de teléfonos de la cual es dueño introducirán un virus llamado Trols-02 que destruirá toda la información en las bases de datos recopilada desde los años 90.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: El comercio Electrónico es ya una realidad en Cuba, el estado cubano trabaja incansablemente por impulsar y propiciar las condiciones necesarias para su desarrollo en

⁵⁶ Creemos que estaríamos en presencia de intimidación en la situación de que intencionalmente se infecta nuestro computador con algún virus y la parte que lo realiza o un tercero, amenaza que si no se contrata, no se facilitara el antivirus, constriñendo de esta manera a la celebración de un determinado acto jurídico. Parece bastante acertado este ejemplo, el que puede darse en la realidad cotidiana, se debe agregar además que la fuerza puede ser ejercida tanto sobre la persona como también sobre sus bienes, en el ejemplo en comento, la fuerza recae sobre el computador.

⁵⁷ Código civil de Puerto Rico Artículo 1220, sección 3407: Violencia o intimidación por un tercero: La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en el contrato.

⁵⁸ VALDÉS DÍAZ C., Ob. Cit. , p. 70

el país, en tal sentido se han concebido proyectos legislativos referentes al tema, los cuales no son todo lo abarcadores que deberían ser pero se constituyen en materia regulada de carácter novedoso que a la postre se desarrollará en la medida que el propio comercio electrónico alcance su máximo esplendor en el país. La contratación por vía telemática, es una opción viable y será una experiencia satisfactoria en la medida en se fomenta de forma sana, legal y segura.

SEGUNDA: El contrato electrónico debe ser entendido como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, dirigido al surgimiento, modificación o extinción de una relación jurídica, siempre que, y con independencia de su objeto, para ello se utilicen medios electrónicos, informáticos u ópticos, por lo que puede afirmarse que no estamos ante una figura nueva del tráfico jurídico.

TERCERA: En nuestro país se encuentra en fase de aprobación el Proyecto de Decreto Ley de Comercio electrónico, con el apoyo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el cual se ha circulado a los organismos de la administración central del estado, pero no se ha aprobado todavía. El mismo intenta crear un ambiente seguro para el Comercio Electrónico, y normalizar los mensajes de datos y de certificación de los documentos digitales. No obstante a este adelanto, ya notable, este proyecto se puede calificar de escueto de acuerdo al desarrollo que ha tenido esta materia y teniendo como base las legislaciones marco de las organizaciones internacionales, como la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio electrónico y Firma Digital, o las legislaciones de otros países.

CUARTA: La teoría de los vicios de la voluntad se ha configurado como un instrumento de defensa de la libertad individual y una garantía de la autonomía de la voluntad. En la contratación electrónica adquieren características especiales en cuanto al modo en que se incurre en ellos. Los vicios del consentimiento, como sabemos, son aquellos hechos que influyen en la formación de la voluntad negocial, distorsionándola; es decir, forjándose de manera diferente a cómo se hubiese configurado si no hubiera concurrido ese hecho.

QUINTA: En materia de contratación electrónica la mayoría de los casos guardan relación con el error como vicio de voluntad, ya que su ocurrencia es mucho mayor si la comparamos con los problemas que se puedan presentar con el fraude y la amenaza, es muy común incurrir en equivocaciones al utilizar equipos computacionales, muchas de las cuales se cometen de forma negligente o de manera no imputable, ya sea por una falta de conocimiento del usuario o simplemente por problemas técnicos. De esta manera el consentimiento al manifestarse por medios electrónicos puede llegar a un destinatario distinto, en forma incompleta, o definitivamente no llegar sin que tenga conocimiento aquella persona que pretendía manifestar su voluntad.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES DOCTRINALES:

BARRIOS GARRIDO, G., "Avances en la legislación del comercio electrónico. México como parte de la globalización desde una perspectiva latinoamericana" en: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/sobrerp.html> (Consultado el 12 de enero de 2007)

BARRIOS, O., "Internet y Derecho. Fundamentos de una relación". En Revista electrónica de Derecho informático No 35, <http://v2.vlez.com/> (Consultado el 5 de marzo de 2008)

BEGOÑA BARRUSO CASTILLO, "La fiscalidad del comercio electrónico", en e-Deusto.com. Grupo Planeta. Internet, www.e-deusto.com (Consultado el 5 de marzo de 2008)

BERLANGA, S., "La perfección del contrato en la contratación electrónica". En: <http://www.cibertele.com/nuevo/banners/redir.asp?url> (Consultado el 17 de febrero de 2008)

BLANCO A.: *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, t II, segunda edición, La Habana

BOTANA GARCÍA, G., *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, ED, Madrid, 2001.

CALLE D´ALEMÁN, S, *Contratación informática: una visión crítica de la perspectiva española*, Revista Opinión Jurídica, No. 2 Octubre 2002.

Carrscosa LOPEZ, V y otros. 1997 *La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual*, Editorial Comares S.L. Granada-España.

CARRION, H.D. "Contratos informáticos" en <http://www.contratosinformaticos.com/> (Consultado 13 de marzo del 2007)

CASAS ROJAS, M., "La formación del contrato celebrado por medios electrónicos", Trabajo de Diploma, dirigido por la profesora Lisette Hernández, en Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas, Villa Clara, 2004.

CASTÁN TOBEÑAS , J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, ED. Reus S.A., Madrid, 1992.

CARRASCO BLANC, H., "Aspectos de la formación del consentimiento electrónico", en <http://www.alfa-redi.org/revista/data/13-6.asp+Aspectos+del+la+formacion+del+consentimiento+electronico> (Consultado el 16 de marzo de 2008)

COVA ARRIA, L., "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio electrónico. Antecedentes", en <http://www.zur2.com/objetivos/leyextran/cnudmi.htm> (Consultado el 13 de marzo de 2009)

DÀVARA RODRÍGUEZ, M.A. *Manual de Derecho Informático*, ED. Arazandi, Pamplona, 1997. DIEZ-PICAZO, L y A GUILLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol, 2º , Sexta Edición, ED. TECNOS, S.A., Madrid, 1999.

DÍAZ PAIRÓ Teoría General de las Obligaciones Volumen I, Impreso en los Talleres de la Dirección de Publicaciones y Materiales Educativos del Instituto Politécnico Nacional Tresguerras 27, Centro Histórico, México, D.F., febrero de 1997

DÍEZ PICAZO, L. en Comentarios del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, página 429

DELGADO VERGARA, T. El Contrato como Institución Central del Ordenamiento Jurídico, en *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial "Félix Varela", 2000.

Enciclopedia Jurídica Española; T.VII; Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910,

FLUME, W. 1998. El Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Fundación Cultural del Notariado.

GALGANO, F., 1992. El Negocio Jurídico. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch

GARIGUES, J. Tratado de Derecho Mercantil, T.I, Vol. 1ro; Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947.

GETE-ALONSO; M.C. El Contrato, en *Manual de Derecho Civil*, Tomo II, ED. Marcial Pons, Madrid, 1996.

GUERRA BALIC. J. 1995 "*La conclusión de contratos por medios informáticos*", Informática y Derecho No. 8 Edita UNED Centro Regional de Extremadura, España 1995

GÓMEZ-ACEVEDO, J. y M POMBO, en ponencia "*Cómo protegerse de los riesgos derivados de las cláusulas abusivas en los contratos de hardware y software*", Institute for internacional Reserch, España, S.A., Madrid, 1994.

GONZÁLEZ GOZALO A.: La formación del contrato tras la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Comares; Granada, 2004

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L, "*Momento y lugar de perfección de los contratos concertados vía electrónica*", Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, 2004.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. "La contratación electrónica" en <http://www.emprendo.com/articuloshtm> (Consultada el 28 de abril del 2007)

HESS, C. *Contratos Informáticos: propuesta de clasificación para efectos didácticos*, en: <http://www.Alfa-redi.org>. (Consultado el 16 de marzo de 2008)

HORTALÁ VALLVÉ, J., ROCCATAGLIATA y PIERGIORGIO V., La fiscalidad del comercio electrónico. Bilbao: Editorial CISS S.A., 2000.

ILLESCAS ORTIZ R., Derecho de la Contratación Electrónica, Edic, Civitas SL.

JULIA BARCELO, R., *Comercio Electrónico entre Empresarios. La formación y prueba del Contrato Electrónico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., 1993. Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos. Valencia: ED. Tirant lo Blanch, 2 Edición.

FERRI, L. 2001. La Autonomía Privada. Granada: Editorial. Comares.

LEON BARRANDARIAN J., Acto Jurídico, Gaceta Jurídica Editores, Lima Perú.

LHOMAN LUCA DE TENA, G. 1997 Negocio Jurídico. Editora Jurídica "GRIJLEY" EIRL 2º. Edición, 2º Reimpresión, Lima Perú.

LORENZETTI R., . 2001 Comercio Electrónico Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

MÁRQUEZ, P., "Reflexiones conceptuales acerca de los términos comercio electrónico, contratación electrónica, contrato electrónico", en Alfa - Redi: Revista de Derecho Informático, N° 127, Abril 2004, en <http://www.alfa-redi.org/revista/data71> (Consultado el 11 de abril de 2008)

MATEU DE ROS. 2000. "El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica", en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, ED. Aranzadi, Pamplona.

MIGUEL ASENSIO, P., Derecho Privado de Internet. Civitas, Madrid, 2002.

MORENO NAVARRETE, M, DERECHO-e Derecho del Comercio Electrónico. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 2002

MORENO QUESADA. *La Oferta de Contrato*, En RDM, 1956, 13 y 14, España.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, cuarta edición, Temis, Bogotá, 1994

PEÑA FERNANDEZ, M. A. El contrato electrónico, 2001, vid en <http://www.webs.montevideo.com.uy/iurisweb>. (Consultado el 11 de febrero de 2008)

PERALES VISCASILLAS, M. P: "Formación del contrato electrónico" en: ILLESCAS ORTIZ, R., CREMADES, y FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, (Coordinadores.): Régimen Jurídico de Internet, La ley, Madrid, 2002.

PINOCHET OLAVE R., " *Los sistema informáticos de expertos y la voluntad como elemento de validez del negocio jurídico.* http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122003000200005&script=sci_arttext (CONSULTADO EL 18 DE DICIEMBRE DE 2007)

PUIG PEÑA, F. Tratado de Derecho de Derecho Civil Español, tomo IV, volumen. II, Madrid, 1946.

PUIG FERRIOL, Manual de Derecho Civil, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1996.

RICO CARRILLO, M., 2000. "La Oferta y la Aceptación en la Contratación Electrónica", en Revista Electrónica de Derecho Informático, Ed. Vlex, No. 25. <http://vlex.com/redi>. (Consultado el 13 de marzo de 2009)

TORRES VÁSQUEZ A., 1998 Acto Jurídico. Primera Edición, Editorial San Marcos Lima.

VALDÉS DÍAZ C., Derecho de Contratos, Tomo I Teoría general del contrato, Editorial Félix Varela.

VIAL DEL RÍO V., y LYON PULEMA A., 1985. Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y de las Personas. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

VELEZ F., Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, 2da.Edición, Imprenta París - América, París, Tomo VI

VON THUR, A. 1999. Tratado de las Obligaciones. Madrid: Tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces, reimpresión de la primera edición, Ed. Reus.

ZUMARÁN, S, *La Contratación Electrónica*. <http://www.ipce.org.pe/contraelec.htm>, HESS, C. "Contratos informáticos: propuesta de clasificación para efectos didácticos." <http://www.hess.cr.com/publicaciones/dereinfo/clasifcontra.html>, (Consultado el 16 de abril 2008)

