

Modesto Bescós Torres*

FORMAS CONTRACTUALES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El desarrollo del comercio electrónico en el mundo ha sido consecuencia directa del gran paso tecnológico que supuso la creación de los sistemas de redes. En este artículo se analiza la legislación relativa a las formas contractuales en el comercio electrónico que, dadas sus especiales características, ha implicado una revisión de la legislación mercantil tradicional para adaptarla a las nuevas modalidades de comercio en la red.

Palabras clave: tecnología de la información, comunicaciones, comercio, contratos, Internet, directiva comunitaria.

Clasificación JEL: L81, L86, K12.

1. El comercio electrónico como vía de contratación

El desarrollo del comercio electrónico en el mundo ha sido una primera y obligada consecuencia del gran paso tecnológico que supuso la creación de los sistemas de redes que actuaban en sectores avanzados tecnológicamente en forma de circuito cerrado interempresarial e, inmediatamente, con el sistema de red abierta Internet. Como consecuencia, en el resto del mundo, incluyendo a la propia Unión Europea, se ha vivido un mismo fenómeno de amplificación y ensanchamiento de los mercados reales. Una gran diversidad de empresas se han visto obligadas a reaccionar ante el aumento de la competencia que ha supuesto la globalización, viendo acrecentadas sus potencialidades para actuar en un contexto que antaño aparecía alejado y lleno de riesgos.

Entre las diferentes causas que han contribuido a este cambio aparece de una forma notable la incidencia de la irrupción de las nuevas tecnologías en el co-

mercio. Lo que empezó en unas primeras fases como un esforzado desarrollo de las claves de obtención de lenguajes y métodos de comunicaciones comerciales en redes cerradas, tipo EDI, se vio sobrepasado por el éxito y el desarrollo de la red de redes con caracteres mundiales que es Internet. Los comerciantes, con especial énfasis en las zonas de influencia angloamericana, y en un corto período de tiempo, han pasado sin solución de continuidad desde un mero instrumento de relación, a la celebración de contratos. Como respuesta, a menudo bastante apresurada, hemos podido contemplar en el tránsito entre finales de los años noventa y principios de este siglo, un amplio esfuerzo normativo, con instituciones internacionales que se veían implicadas ante la aparición de un nuevo entorno operativo, como la Unión Europea, la CCI, Cámara de Comercio Internacional, o la propia CNUDMI, —Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional—.

Las antiguas formas contractuales de celebración de contratos se han visto sometidas con ello a un nuevo análisis de sus fundamentos y prácticas.

* Abogado consultor.

Los contratos mas importantes, se han visto sometidos a un nuevo examen de su viabilidad, riesgos, y seguridad en cuanto a su celebración, formas, y prueba.

Legislaciones nacionales con un largo prestigio y tradición, como los códigos civiles europeos, se han visto sometidos a revisión en sus principios esenciales, tales como el momento de la perfección de los contratos, la forma y la prueba, la exigencia legislativa de que muchos actos deben celebrarse por escrito, o el mismo concepto básico de qué es lo que se considera «por escrito».

2. Revisión de la legislación de contratos: su adaptación a las nuevas tecnologías

La necesidad de los cambios fue percibida con claridad en el ámbito de la Unión Europea. Un objetivo principal era realizar un examen de toda la legislación de contratos nacionales, y así fue visto con el programa de la iniciativa *e-commerce 2002* y la propia Directiva de comercio electrónico de 8 de junio del 2000, que ha supuesto un fuerte revulsivo. En ese camino las reformas nacionales de los Estados debían empezar por los propios códigos civiles.

En esa vía, la Ley española de comercio electrónico, Ley 34 de 11 de julio del 2002, reformaría el contenido de nuestro Código Civil. Con el cambio, el artículo 1.262, recogiendo la problemática derivada de las nuevas tecnologías, de que los comunicados y las operaciones mediante Internet y correo electrónico se emiten, se producen, y se envían, en un medio virtual, reformó su contenido considerando que los dos elementos constitutivos de todo acuerdo contractual, la oferta y la aceptación, se dan en lugares distintos, y recordando que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación.

De un lado, el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Del otro, el momento de la prestación del consentimiento vendrá identificado bien por el momento en que el oferente conoce la aceptación, bien cuando remitida por el aceptante no puede ignorarla sin faltar a la buena fe.

Quedaba por considerar el papel creciente que los automatismos introducen en las modernas tecnologías. Bien es verdad, que todavía no se ha llegado a una utilización de la robótica en el campo de la celebración de actos contractuales, algo que sin duda podrá ser la siguiente fase a no tardar mucho, a la vista de los avances y pruebas que ya se están realizando en la vida real.

El indicado artículo del código civil reformado establece a este respecto por ello, finalmente, que en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Ya con el sistema EDI, *Electronic Data Interchange* los juristas y expertos en contratación internacional se encontraron con una primera sorpresa en cuanto a las emisiones de la voluntad contractual, al constatar que en ese tipo de red se establecía un diálogo entre ordenadores que facilitaba las operaciones entre importadores y exportadores al estar compatibilizado el intercambio electrónico de datos con la utilización de los documentos tradicionales: facturas comerciales, documentos de transporte, documentos para el despacho de aduana, etcétera.

Pero avanzando ante un previsible futuro, un robot es algo más que un «dispositivo automático», como indica escuetamente nuestra reciente ley sobre comercio electrónico. En estos momentos podemos constatar los rápidos avances de la robótica: por ejemplo, en cuanto se consigan los permisos legales todo está preparado, en las calles de Fukuoka, Japón, para que los robots, como el «Tmsuk 04» pueda iniciar acciones por control remoto, tales como cuidar de ancianos, actuaciones de rescate, o vigilancia de viviendas, a los cuales habrá que defender a su vez frente a los que quieran dañarlos.

Camino paralelo tenía que llevar asimismo el Código de Comercio, de forma que con la misma Ley se ha reformado el artículo 54 del texto básico mercantil. La nueva redacción reproduce exactamente los contenidos que acabo de indicar para el artículo 1.262 del Código Civil.

3. Reglamentación nacional sobre contratación electrónica

Si la reforma de nuestros grandes códigos, el civil y el mercantil, era el primer paso, no sería mas que una primera etapa para hacer viable el sistema legislativo existente, ampliarlo a donde no llegaban los cambios producidos, y proponer y promulgar nuevos textos y reglamentaciones para llenar los vacíos legales.

En el Cuadro 1 se recoge una parte sustancial de todas las leyes que en España de una u otra forma, rigen o inciden en la contratación electrónica. Ello ha llevado a realizar anticipaciones, como ocurrió en el caso de la firma electrónica.

Primero aparece el Real Decreto 14 de 1999, y al poco tiempo, en el 2001 aparece el Anteproyecto de Ley sobre firma electrónica, que fue aprobado por el Senado el 26 de noviembre del 2003. Texto que hace frente a una realidad ya percibida y extendida en el mercado, que es la fiabilidad técnica y difusión de la firma electrónica, a la cual se le reconoce con ciertas condiciones su equivalencia con la firma manuscrita.

4. La celebración de los contratos electrónicos

En mi reciente publicación editada por el ICEX, —Contratos de Exportación y Comercio Electrónico— (Bescós Torres, 2003), tuve ya ocasión de abordar esta cuestión central. Será entre la Directiva y la ley española de adaptación donde encontraremos las principales coordenadas por las que guiarnos en la cuestión central de la celebración de un contrato electrónico: La ley española de contratación electrónica, marca un horizonte claramente definido, centrándose en las dos circunstancias esenciales de la celebración del contrato, es decir, cuándo y cómo se celebra el contrato electrónico.

Para llegar a ello, el camino era partir de la Directiva europea de contratación electrónica de 8 de junio de 2000.

Bien es sabido que los contratos nacen por la convergencia, o mas bien por el concurso según la terminología de nuestro Código Civil —en su artículo 1.262— de

la oferta de un lado, y del otro la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Planteado de esa forma, parece sencillo de entender, pero no podemos olvidar que en el pasado ha sido objeto de amplios y, en ocasiones arduos, debates sobre cuándo son válidos los momentos en que se producen y convergen los acuerdos de voluntades entre oferente y aceptante, y ya en el plano mercantil en cuanto a la realización de los pedidos.

Ahora, en la contratación electrónica, se ha reavivado nuevamente el análisis y la discusión para conocer en qué momento y en qué lugar se perfeccionan los contratos. La nueva Ley 34/ 2002 española de comercio electrónico ha visto la ocasión de armonizar esta eterna cuestión del momento de la perfección de los contratos, primando el aspecto de la seguridad dimanante del comercio electrónico, sobre el más clásico y tradicional del simple acuerdo de voluntades.

La consecuencia de ello la podemos ver reflejada en el Cuadro 2.

En cuanto al lugar de la celebración del contrato electrónico, como podemos ver en el Cuadro 2, se regulan dos realidades distintas en el comercio, a juicio del legislador: La primera típicamente mercantil, cuando las operaciones tengan lugar entre empresarios o profesionales, en cuyo caso el contrato se presume celebrado en el lugar del prestador de servicios. La segunda, cuando una de las partes que consuman el contrato electrónico sea consumidor, en cuyo caso, en aras de la protección de la que se supone ser la parte mas débil, el contrato se presumirá celebrado en el lugar de su residencia habitual. Y de forma genérica, la presunción de que cuando los operadores están situados en lugares distintos, el contrato se presume celebrado en el lugar donde se hizo la oferta.

5. La forma en los contratos electrónicos

La nueva Ley Española de Comercio Electrónico de 11 de julio de 2002, tendría su principal fuente de inspiración en la Directiva europea de Comercio Electrónico: Directiva 2000/31/CE-Diario Oficial 17-7-2000.

CUADRO 1

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELACIONADA CON EL COMERCIO ELECTRÓNICO

- Ley de Comercio Electrónico, de 11 de julio de 2002. Ley 34/2002.
- Real Decreto 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica.
- Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica de 27 de diciembre de 2001 (que derogará el Real Decreto 14/1999).
- Ley 7/1998, de 17 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.
- Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, y Ley 5/1998, de 6 de marzo, incorporada al mismo.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.
- Real Decreto 994/1991, de 11 de junio. Reglamento de Medidas de Seguridad.
- Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, reformada por Ley 7/1998.
- Orden Ministerial, de 22 de marzo de 1996, sobre Factura Electrónica (... características de las facturas electrónicas y telemáticas).
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
 - Art. 46.1 identificación electrónica, cargos tarjetas de crédito.
 - Venta Automática (título III, cap. II, arts. 49 a 52).
 - Ventas a Distancia (cap. III, arts. 38 a 48).
 - Ventas en Pública Subasta (cap. V, arts. 56 a 61).
- Orden Ministerial, de 21 de marzo de 2000, sobre requisito de obtención de nombres de dominio, DNS(.es). En el ámbito supranacional ICANN(.com.org.net.).

FUENTE: Elaboración propia.

Tres intenciones aparecerían como expresos objetivos de esta Directiva:

1. No se trataba de fijar normas adicionales de Derecho internacional privado, sino de abordar las cuestiones relativas a la información y publicidad en línea, las compras en línea, o la contratación en línea.

2. Garantizar la seguridad jurídica y confianza de los consumidores, estableciendo un marco claro y general.

3. Ajustar la legislación de los Estados, en cuanto a los requisitos —y especialmente los requisitos formales—, que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica.

La libertad de forma en los contratos propia de nuestro Derecho, tenía que encontrar plena cabida y aceptación en un mundo tecnológico radicalmente nuevo. Los Estados europeos debían preparar sus marcos legislativos nacionales para reconocer la nueva situación sin los obstáculos heredados de las anteriores normas regula-

doras de la contratación. Conseguir una garantía de la seguridad jurídica tenía que partir de una exposición de cuáles son las principales normas que rigen la contratación en el comercio electrónico, y ello lo debía exponer la nueva Ley de 2002.

Por ello, la Ley española de Comercio Electrónico, que ha transpuesto la Directiva, realizará una referencia sustancial a cuál es la legislación nacional básica al respecto en materia de contratos, de forma que no se produzca ningún vacío legal, y puedan utilizarse para cada caso las diferentes normas, de forma complementaria.

Así, en el Título IV de la Ley, bajo el título bien significativo de «Contratación por vía electrónica», encontramos, esta mención a las fuentes legales al respecto:

Ya tuve ocasión de enfatizar en el indicado libro sobre *Contratos de Exportación y Comercio Electrónico* (Bescós Torres, 2003), la importancia práctica que este aspecto tiene para la contratación electrónica. En el

CUADRO 2

MOMENTO Y LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Ley 34/2002, de Comercio Electrónico, artículo 29

Momento: Hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación remitida por el aceptante.

Lugar: Empresarios o profesionales: en el establecimiento del prestador de servicios.
Consumidores: en el lugar de su residencia habitual.
El contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Cuadro 3, siguiendo la pauta establecida en el artículo 23 de la Ley española, se establecen dos planos legislativos, complementarios entre sí: el de la Ley nueva sobre Comercio Electrónico, y el de las disposiciones antiguas.

6. Las ventas a distancia: su problemática

Pero la contratación electrónica no podía ser ajena a un problema propio del comercio intraeuropeo, y global, que es el de la protección de los consumidores que actúan en la red, aún a sabiendas de que unas normas demasiado protectoras podrían obstaculizar el comercio electrónico.

En esta materia, la regulación española de las ventas a distancia, se había adelantado a la reglamentación europea de la Directiva *e-commerce directive* que llegaría un año más tarde, en 1997.

La legislación española apareció por tanto un año antes, dentro de un marco regulador más amplio, y con el título de Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1996, de 15 de enero —BOE del 17 de enero—, y en ella se trataría esta materia de la reglamentación de las ventas a distancia en los artículos 38 a 48.

Dado que esta regulación es tanto un presupuesto, como un complemento para un desarrollo seguro del comercio electrónico en el plano internacional, en tanto en cuanto se opere con consumidores, resulta necesario tener en cuenta y aplicar a las operaciones, esta reglamentación, que se enumera en sus puntos esenciales en el Cuadro 4.

La información que debe facilitar previamente el vendedor a distancia incluía, como vemos en el Cuadro 4, los contenidos mínimos que debe tener una propuesta para que se considere como oferta en ventas a distancia.

La reglamentación española de 1996 se anticipaba así a dos problemas que iban a ser objeto de debate posterior, en cuanto al comercio electrónico, en la práctica y legislación internacional: de un lado estableciendo que el receptor de artículos no solicitados no estará obligado a su devolución, ni podrá serle reclamado el precio. En todo caso, el principio positivo claramente enunciado es el de la necesidad de aceptación explícita del destinatario de la oferta. La falta de respuesta no se podrá considerar como aceptación, según lo expresa el artículo 41 de la Ley. Todo ello está en consonancia con la actual problemática y necesidad de un proceso contractual, y trámites claros y sin equívocos, para expresar el consentimiento en la red virtual.

En línea con la necesidad de consentimiento expreso según la reglamentación de comercio minorista, la nueva Ley de 2002 de Comercio Electrónico, establece la posibilidad de que el destinatario pueda revocar en cualquier momento el consentimiento prestado —art. 21.2—, facilitando información en la red sobre el procedimiento para ello, que deberá ser sencillo. Se complementa lo anterior, con la definición del plazo para desistir libremente del contrato de compraventa celebrado, que es de siete días, como lo indica el artículo 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista indicada.

Vemos por lo anterior, cómo se puede resolver la problemática de las ventas a distancia, ya reguladas anteriormente, con la nueva situación derivada del comercio electrónico, que en algunos momentos recientes se asemejaba a un rompecabezas normativo, y que finalmente

CUADRO 3

FUENTES LEGISLATIVAS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Ley de Comercio Electrónico 34/2002, artículo 23

Los contratos electrónicos se registran por...

- El Título IV de la Ley —arts. 23 a 29.
- Códigos Civil y de Comercio.
- Restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos.

Como consecuencia podemos sintetizar las principales normas por las que se rigen los contratos electrónicos:

Los contratos electrónicos se ajustarán a lo dispuesto en:

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Comercio Electrónico.
- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio.
- Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1996, de 15 de enero.
- Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril.

CUADRO 4

REGLAMENTACIÓN DE LAS VENTAS A DISTANCIA EN ESPAÑA

Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Ley 7/1996, de 15 de enero.

Ventas a distancia: art. 38

Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor:

- transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador;
- por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza.

Oferta de venta a distancia:
Contenido mínimo: art. 40

- a) identidad del proveedor;
- b) características especiales del producto;
- c) precio y, en su caso, debidamente separados, los gastos de transporte;
- d) forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución;
- e) plazo de validez de la oferta.

se puede determinar ensamblando en los puntos a debate lo dispuesto en las dos reglamentaciones. Objetivo que ya estaba implícito en nuestra Ley de Comercio Electrónico, al indicar que una de las reglamentaciones a las que se deben ajustar los contratos electrónicos es la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, como hemos visto en el anterior apartado 5 —Cuadro 3—.

7. El plano europeo en las ventas a distancia

Aunque se dejara para un momento posterior una regulación europea sobre comercio electrónico, habría que lograr una armonización de las normas protectoras de los consumidores en los diferentes Estados, y al mismo tiempo establecer un primer paso para el tratamien-

to de la situación ante la difusión de las nuevas tecnologías como Internet y su aplicación en el comercio.

Por ello, la cuestión de las ventas a distancia, la formación de un Espacio Único Europeo, y la preocupación por dotar de protección en las transacciones B2C —o comercio entre vendedores y consumidores— a estos últimos, llevaría desde Bruselas a adoptar la denominada *Distance Selling Directive*, Directiva 97/7/CE de 20 de mayo de 1997, como instrumento orientativo para los Estados europeos en relación con la protección de los consumidores, la parte supuestamente más débil en los contratos celebrados a distancia. El objetivo de esta Directiva sobre ventas a distancia era establecer un estándar mínimo legal. Existía el riesgo evidente de que las empresas europeas más activas en ventas al consumo trataran de establecerse para operar por Internet, en aquel de los países europeos que tuviese el nivel más bajo de protección al consumidor. Podrían establecerse y operar desde el mismo siguiendo, de alguna forma, la reglamentación del país de origen, o *Country of Origin Rule*. Ese propósito fue desvirtuado con la indicada Directiva, al establecer un plano europeo de unos mínimos de protección de los consumidores obligatorios para todos los Estados. El resultado final actual en Europa es un cuadro tripartito en cuanto a la legislación imperativa: la Directiva de ventas a distancia, la Directiva de comercio electrónico, y la legislación nacional.

Por otro lado dentro de la reglamentación europea, podremos encontrar cuántos y cuáles son los medios que entran en ese concepto amplio y difuso de venta a distancia, que lo encontraremos en el Anexo I de la Directiva europea de ventas a distancia de 20 de mayo de 1997.

Hemos preferido aportar la versión original en inglés de estos medios técnicos, adjuntos en el Cuadro 5, dada la actual ambivalencia en el uso práctico y comercial utilizado por fabricantes y operadores, normas para usuarios y, asimismo, para no desviarnos de la intención y lengua de trabajo principal de los redactores del texto de la Directiva.

Como vemos, la Lista de «Medios de comunicación a distancia» no sólo es Internet, o el correo electrónico, sino todos los otros medios de celebrar contratos «sin la presencia física del vendedor/suministrador y del consumidor».

8. Naciones Unidas: una reglamentación para el comercio electrónico

Sin embargo, los primeros pasos para una regulación amplia del comercio electrónico, no partieron de la Unión Europea, o de otras instituciones próximas, sino de los trabajos realizados en Naciones Unidas.

El resultado fue la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996, que se convertiría en inspiradora de legislaciones nacionales, tanto en el área del comercio como de la firma electrónica. En el caso español, la muy reciente Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, se ha inspirado en dicha Ley Modelo.

Esta Ley supone un salto cualitativo en el arbitraje comercial en España, y está redactada en base al modelo de Naciones Unidas. Se produce con ella un acercamiento en el arbitraje a las tradiciones anglosajonas.

Resultará más accesible a los operadores económicos del comercio internacional, adaptándose a las prácticas que ya se están siguiendo en los escenarios más diversos. Se ha gestado en el seno del organismo internacional CNUDMI, Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, también ampliamente conocido por sus siglas en inglés: UNCITRAL.

En relación con el comercio electrónico, no podía faltar una modernización y adaptación del Arbitraje, al nuevo mundo de Internet y del comercio electrónico:

Aunque se mantiene la necesidad de que el convenio arbitral conste por escrito, se entiende que cumplen con este requisito los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido, y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez del uso de los nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías.

9. Formas o modelos de contratos incluidos en el comercio electrónico: la ley modelo

Siguiendo con el propósito de enfatizar los aspectos propios de este artículo, y en relación con el comercio electrónico propiamente dicho, encontramos cómo esta Ley Modelo se planteó ya el problema, de si cualquier forma de contrato podría ser realizado y desarrollado en los soportes y medios de las nuevas tecnologías. Las dudas e incertidumbres provenían al principio de diferentes expertos, instituciones, y operadores en el área internacional.

La Ley Modelo de Comercio Electrónico de Naciones Unidas de 1996 incluiría, por ello, en su artículo 1, un interesante grupo de todas aquellas formas contractuales, o modelos de acuerdos comerciales, que exponemos seguidamente, en su versión original inglesa —Cuadro 6—. Nos parece de bastante utilidad, en tanto en cuanto que en estas fases de despegue del comercio electrónico en el área internacional se percibe en ocasiones una mezcla de incertidumbre e indefinición, pensando equivocadamente que el *e-commerce* tenía unas fronteras peculiares y propias que no se podían sobrepasar.

Como puede verse, en el Cuadro 6 se incluye la versión original en inglés de dicho artículo 1, teniendo en cuenta que fue el idioma principal de la Comisión de elaboración del texto. Terminología de contratos ya habitual incluso en modelos en español. Siendo el inglés la lengua básica del comercio internacional, recomendamos su uso en Internet si se quiere acceder a bibliografía o trabajos de la Cámara de Comercio Internacional, o de otras instituciones internacionales, en todo lo referente a contratación internacional electrónica.

A los efectos del presente análisis, resulta interesante resaltar también la idea expuesta en la Ley Modelo de Naciones Unidas, en su artículo 11, respecto a los contratos electrónicos, al señalar que en un importante número de países permanecen incertidumbres, respecto a si los contratos pueden celebrarse válidamente por medios electrónicos, y ello debido a que en algunos casos, la oferta y aceptación se generan por medio de compu-

tadoras sin intervención humana inmediata, generándose dudas respecto a la intención de las partes y, de otro lado, a la ausencia de documentos en papel. Ni que decir tiene que en estos momentos, tras el desarrollo producido en el mundo desde que se editó la Ley Modelo, tanto en España, como en la Unión Europea, Estados Unidos, y otros países, existe un reconocimiento y marco normativo suficiente, estableciendo la plena validez y equiparación del contrato electrónico al documento en papel.

Los apartados expuestos hasta ahora, quedarían sin consolidar si no aplicamos tales conocimientos a la realidad del comercio electrónico, y a su columna vertebral que son los contratos.

Por ello, dentro del clausulado de un contrato electrónico, trataremos seguidamente de aportar una serie de recomendaciones y orientaciones. Tomaremos como guía esencial un contrato de venta internacional, entre un suministrador y un comprador, empezando ya por la parte introductoria.

La primera advertencia se refiere a los aspectos de seguridad que se han visto agrandados por el lógico recelo de los operadores en estas primeras etapas de despegue.

10. El contrato de comercio electrónico: guía práctica

Introducción

La moderna contratación internacional ha evolucionado en años recientes de forma notable y positiva. Desde un Derecho Mercantil internacional escaso y falta de apoyos suficientes por los Estados, que basaban sus posiciones principalmente en una defensa a ultranza de sus propios derechos y legislaciones nacionales, se ha llegado de forma paralela a un desarrollo de una verdadera *law merchant* internacional de los comerciantes.

Desde tímidos convenios internacionales, como el de La Haya de 1955 sobre la Ley aplicable a los con-

CUADRO 5

**MEDIOS DE COMUNICACIÓN A DISTANCIA
EN LA REGLAMENTACIÓN EUROPEA.
(Distance Selling Directive 97/7/CE,
20-5-1997)**

ANNEX I

Means of communication covered by Article 2 (4):

- Unaddressed printed matter.
- Addressed printed matter.
- Standard letter.
- Press advertising with order form.
- Catalogue.
- Telephone with human intervention.
- Telephone without human intervention (automatic calling machine, audiotext).
- Radio.
- Videophone (telephone with screen).
- Videotex (microcomputer and television screen) with keyboard or touch screen.
- Electronic mail.
- Facsimile machine (fax).
- Television (teleshopping).

CUADRO 6

**FORMAS CONTRACTUALES
EN COMERCIO ELECTRÓNICO
Y LA LEY MODELO DE NACIONES UNIDAS
(Ley Modelo N.U.
Comercio Electrónico, 1996)**

This Law applies to any kind of information in the form of a data message, in the context of commercial activities:

The term «commercial» should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

tratos internacionales de venta, ratificado solamente por nueve países en el mundo, o hasta el propio Convenio de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en el área civil y mercantil, suscrito por seis Estados europeos, por aquellas fechas, con más ilusión que realidad, pocos podían predecir la reciente evolución.

Así, el lugar que antaño ocupaba el poder decisorio de los Estados ha ido lentamente cediendo protagonismo a la libre voluntad de los operadores. Prueba de ello son algunos conocidos instrumentos, varios de ellos universalmente aceptados y utilizados por vendedores y compradores en comercio internacional. Algunas cifras nos pueden dar idea de este reciente progreso. El Convenio de compraventa internacional de mercancías, de Naciones Unidas, conocido como el Convenio de Viena de 1980, ha pasado en pocos años a ser ratificado por un total de 62 países, constituyéndose así en una fuente de derecho comercial internacional de primera magnitud.

Otro de los grandes pilares de la actual contratación internacional es el Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros ya ratificado por 133 países. Si a ello sumamos la utilización universal de reglas, prácticas, y usos comerciales internacionales, como los Incoterms 2000, o las UCP-500 relativas a los créditos documentarios de 1994, y otros más, podremos constatar la realidad de un *corpus autónomo* que inspira, orienta y ayuda a los operadores en la redacción y negociación de sus contratos internacionales. También esta línea de desarrollo llegaría al comercio electrónico como hemos visto.

Partes intervinientes y celebración del contrato

Señalemos al respecto la necesidad de una previa información de carácter general sobre los contratantes, que amplía su alcance en relación con un contrato tradicional. Así, impuesta por la propia Directiva europea de comercio electrónico, podemos ver cuál es esta información general exigida:

Se trata de garantizar que los prestadores de servicio —vendedores o suministradores en nuestro caso, en la red— permitan, tanto a las autoridades como a los destinatarios de tales servicios, es decir a los usuarios y consumidores, acceder de una forma fácil, directa, y permanente, a una información general de carácter mínimo.

La Ley española de comercio electrónico tomará las orientaciones de la Directiva y centrará su atención concretando los detalles, en las ventas a consumidores. Con carácter previo a la celebración del contrato —art. 27 de la Ley— el prestador de servicios tendrá que proporcionar información, de manera clara, comprensible e inequívoca, relativa a los siguientes aspectos en cuanto a la fase previa a la iniciación del procedimiento de contratación:

- a) Los trámites que el consumidor tiene que cumplir para celebrar el contrato.
- b) Si el documento electrónico en el que se contenga el contrato va a ser archivado y si éste va a ser accesible.
- c) Los medios técnicos que están a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en la introducción de los datos.
- d) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato.

Esta información no tendrá que proporcionarse cuando el contrato se haya celebrado mediante el intercambio de mensajes de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente. Por otro lado, una cosa es lo que resulta de obligatorio cumplimiento según lo establecido por nuestra legislación, y otra cosa distinta es lo que sea conveniente al realizar las operaciones. Tal es la situación, cuando ninguna de las partes tiene la consideración de consumidor, es decir el comercio electrónico entre empresas o B2B, en cuyo supuesto si los contratantes así lo acuerdan, no es obligatorio facilitar la información anteriormente indicada. Pero, como comento, aunque no sea preceptivo puede ser facultativo y en ocasiones en determinados sectores del comercio, recomendable.

Una vez celebrado el contrato, el prestador de servicios deberá confirmar la recepción de la aceptación y cumplimentar los requisitos que incluimos en el Cuadro 7.

Como vemos, y he tenido ya la ocasión de exponer en mi reciente libro sobre comercio electrónico, en relación con los contratos de exportación (Bescós Torres, 2003), la lógica existencia de algunos recelos en cuanto a la utilización de las modernas tecnologías de comunicación electrónica, no debería confundir lo que constituye la esencia de los pactos y acuerdos mercantiles, y autonomía contractual en el plano internacional, con un exculpatorio intento de protección de los consumidores, que pueda impedir el desarrollo sin cortapisas de las transacciones por vía electrónica.

Objeto del contrato: producto o servicio y su pago

El acceso a un conjunto de informaciones claras sobre los prestadores de servicios en la red, según establece nuestra Ley de Comercio Electrónico, incluye en este supuesto, como uno de sus componentes el de proporcionar información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.

Una de las recomendaciones habituales con la finalidad de conseguir una contratación internacional eficaz, es la de realizar una descripción lo mas precisa y detallada posible del producto o del servicio. Con ello se facilita la exacta identificación documental y administrativa en su traslado internacional y gestiones o autorizaciones a obtener.

Cuando se trata de comercio electrónico todavía debemos aumentar el énfasis. Lograr por ello, propuestas de contrato al menos en dos idiomas, inglés y español, con una detallada descripción del producto o del servicio.

Finalmente, en la práctica internacional, es habitual que en comercio electrónico deba recogerse la realidad de pagos iniciales o parciales previos, indicando la realización del pago de la suma remanente a la entrega o a la terminación.

CUADRO 7

OBLIGACIONES POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Ley española de Comercio Electrónico, 11-7-2002; artículo 28

El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:

- envío de acuse de recibo por correo electrónico... en el plazo de 24 horas desde la recepción de la aceptación, o
- confirmación de la aceptación recibida:
 - tan pronto como el aceptante haya completado el procedimiento de contratación
 - siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario
- Se entenderá que se han recibido la aceptación y su confirmación:
 - cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello
 - caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presume esta constancia cuando el acuse de recibo esté almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta...

Ley aplicable al contrato

Cierto que esta cláusula, en los contratos internacionales de venta, nos aparece con habitual frecuencia, en la parte final del mismo, como si se tratara de una precisión obligada e impuesta a las partes que proporciona legalidad y formalismo al acuerdo. Pero no es así. La elección de una ley que rija el contrato determinará especialmente que por ella se regulen aspectos esenciales del contrato como son el objeto, la causa, la interpretación del mismo, y sobre todo las obligaciones respectivas.

Es verdad que esta condición puede ser difícil de negociar, y que su inclusión puede resultar polémica en ocasiones. O también que al hilo de estas experiencias, se acaba por silenciarla, olvidarla de incluir, u obviar su inclusión.

La práctica del actual comercio electrónico, habida cuenta de las anteriores reflexiones, está llevando a que no solamente no se evite la redacción de esta condición contractual, sino que incluso se anteponga, y aparezca de forma prioritaria y clara a continuación de la cláusula descriptiva del producto o servicio.

Solución de litigios en el contrato electrónico: el arbitraje

El arbitraje comercial internacional se ha venido confirmando como el instrumento ideal, aunque no el único, en

la práctica de los contratos internacionales. Entre sus ventajas evidentes, frente a las dificultades y problemas que plantea la vía judicial internacional, y el carácter de excepcionalidad que acompaña habitualmente a una posible ejecución de una sentencia extranjera, salvo en el ámbito interior de la Unión Europea, están la neutralidad del arbitraje, su mayor eficacia técnica, la rapidez relativa mayor que la de los tribunales, y su carácter de confidencialidad que lo hace atractivo y aconsejable a las empresas que evitan con él los riesgos de involucrar su prestigio, su marca comercial, o su credibilidad, a través de la actuación ante cualquier pretorio.

En el ámbito del comercio electrónico señalaremos algunas orientaciones y novedades al respecto. La primera de ellas, es que la experiencia de los jueces en comercio electrónico, en el plano internacional, es muy limitada hasta el momento. Consecuencia de ello, puede resultar complicado y arduo la tramitación procesal de una causa comercial. Por ello, en estos casos queda realzado el interés del arbitraje como medio de solución de contenciosos en la red.

Por otro lado, también adquieren especial relevancia y utilidad en comercio electrónico, las denominadas soluciones alternativas de litigios, en el vocabulario angloamericano, las llamadas ADR —Alternative Dispute Resolution—.

En primer lugar la mediación, que puede ser una mejor solución que el arbitraje. La elección de los árbitros por

las partes, se realiza teniendo en cuenta una serie de condiciones como su idoneidad, conocimiento de la materia objeto del contencioso, capacidad, y experiencia. En el caso del comercio electrónico debemos añadir una más: la de que los árbitros elegidos estén familiarizados con la tecnología y prácticas del comercio electrónico.

El arbitraje comercial es uno de los pilares del moderno derecho de los comerciantes o *merchant law*: el exportador ha conquistado así, un espacio de autonomía, por encima de las soberanías nacionales. El arbitraje, dentro del mismo, supone un sistema jurisdiccional privado y autónomo, cuyo éxito radica en sus ventajas como la confidencialidad. Los tribunales en cambio son públicos por principio, y ningún empresario desea que un contencioso ponga en tela de juicio su nombre y prestigio. Frente a un culto de lo público, propio de nuestra herencia histórica, falta un mayor desarrollo e impulso de la cultura autónoma de la sociedad civil, siendo el arbitraje una de sus manifestaciones. Con su difusión, el exportador español se homologará a las economías más desarrolladas.

En cuanto a su viabilidad y seguridad en su utilización *on line*, podemos apuntar que en cualquier caso actualmente existen en España sociedades de certificación de documentos electrónicos que autenticarían el laudo, aparte del pleno reconocimiento que ya tiene la firma electrónica avanzada. Por último, un motivo más de seguridad y confianza en el laudo *on line* lo constituye la reciente regulación —RD 201 209/2003, 21 febrero— de los registros y notificaciones telemáticas, certificados electrónicos, y la presentación de la Autoridad de certificación de la Abogacía Española. En la misma línea, la reciente Ley española de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, reconocerá expresamente que se entenderá que el laudo consta por escrito, cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico (Bescós Torres, 2003).

La mayor flexibilidad que se pretende dar al arbitraje con esta Ley, y a un papel del territorio español más internacional en un mundo globalizado, se puede observar en algunas de sus características tales como la ausencia de rigidez y la modernidad:

En cuanto a su forma, la ley no sólo permite que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita.

El artículo 37.3 de la Ley, indica textualmente que «se entenderá que el laudo consta por escrito, cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico...».

Soluciones alternativas de litigios en el comercio electrónico

Existe asimismo, por último, una familia o grupo común de instrumentos, conocido bajo el nombre moderno de soluciones ADR o *Alternative Dispute Resolution*, técnicas que junto con el arbitraje constituyen alternativas a la vía judicial en comercio internacional, teniendo algunas una clara adaptación al comercio electrónico.

La mediación

La diferencia con la conciliación, es muy tenue. Así como en la conciliación se trata de elaborar una mera propuesta, en la mediación hay un propósito y acción de mayor profundidad para conseguir que las partes alcancen un acuerdo. Las partes muestran una voluntad negociadora, animando el mediador a que negocien, conduciendo esa voluntad hacia el logro de un acuerdo.

La intervención de ese tercero, el mediador, es persona habitualmente dotada de algún tipo de autoridad, bien comercial, bien moral, que animará y propondrá una solución negociada.

El minitrial o minijuicio

En los años noventa, entre las grandes empresas de zonas de influencia del derecho y pragmatismo anglo-americano, incluyendo el norte de Europa, se extendió este método algo complicado, pero ciertamente imaginativo para la solución de controversias. Método que se integra entre los que no requieren intervención de tercero, resolviéndose el litigio dentro de la órbita de los propios consejos de las empresas, con un panel de directivos.

El minitrial, constituye un «sociodrama», como ha sido llamado acertadamente.

La evaluación neutral. El tercero independiente

Cierto tipo de contratos que revisten alguna complejidad técnica o contable, como son los relativos a proyectos, construcción, ingeniería, etcétera, establecieron un primer estadio para la solución de disputas especialmente con carácter técnico o contable, mecanismo con carácter obligatorio para el suministrador o contratista y el cliente, consistente en recurrir a un experto técnico o contable. El tercero independiente es un especialista en el sector correspondiente, siendo habitual que pueda ser un auditor o un consultor.

Las soluciones de litigios *on line*

Es una realidad legal en España y otros países, especialmente Estados Unidos pionero en esta materia, la posibilidad y adecuación de las nuevas tecnologías a procedimientos y alternativas de solución de litigios dentro de la red. En la Ley española de comercio electrónico del 2002, el artículo 32 establece el reconocimiento de someter, de un lado, los conflictos a arbitraje entre prestador de servicios y destinatario de los mismos. Del otro, se manifiesta que en la resolución extrajudicial de conflictos, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

A pesar de lo anterior, la redacción de estos contenidos en nuestra reciente norma, tan intencionadamente avanzada en todo lo que supone control de los riesgos en el comercio electrónico, podía haber sido en la materia de la «solución de litigios en línea» más amplia y expresiva, reconociendo una realidad comercial que ya existe en países avanzados, y también en España.

Son las denominadas ODR —Online Dispute Resolution.— Las formalidades, procedimientos y práctica de las soluciones de litigios en la red.

El «Arbitraje en línea» aunque sea similar al arbitraje clásico en cuanto al fondo, resulta diferente en la forma, al realizarse todo el proceso y las comunicaciones *on line*.

Un árbitro único, o tres árbitros, según sea el caso, es elegido por las partes para llevar a cabo el desarrollo del proceso arbitral. El arbitro «en línea» llevará el proceso en la red, con las connotaciones propias como la confidencialidad, y se llegará a una decisión laudo, basado en las pruebas y documentación presentadas en línea.

Entre sus ventajas, estarían el eliminar gastos de viajes y desplazamientos, y una mayor facilidad para presentar documentos y pruebas.

Propio de los sistemas extrajudiciales en línea, es que tanto las intervenciones, y reuniones, como la presentación de documentaciones se realiza en línea pudiendo hacerse la presentación de pruebas en formularios electrónicos.

Las soluciones —ODR— están en la práctica avaladas por entidades privadas o instituciones las cuales con su experiencia facilitan eficacia y aceptación, ya sea al arbitraje en línea, ya a cualquier otro instrumento alternativo como la mediación.

La Unión Europea ha puesto ya en funcionamiento últimamente la denominada Red FIN-NET, siglas que corresponden a *Financial Network*: se trata de un sistema de solución extrajudicial de conflictos en la red, del tipo ADR que hemos indicado, pensando en su uso por los consumidores de la Unión Europea.

En Estados Unidos, la llamada cibermediación ha tenido un amplio uso y acogida en base a programas elaborados bajo la experiencia de la similitud entre los litigios, lo que ha conducido a una desmaterialización de los procedimientos extrajudiciales de solución de contenciosos. Existe ya un amplio número de entidades, que realizan actividades *on line* de este tipo, como puede ser el caso de *square trade*, o «comercio justo».

Referencias bibliográficas

[1] BESCÓS TORRES, M. (2003): *Contratos de Exportación y Comercio Electrónico*, 1.ª edición, Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), Madrid.

[2] BESCÓS TORRES, M. (2003): «Comercio Electrónico, Contratación y Arbitraje», *El Exportador*, ICEX, núm. 70, diciembre 2003, páginas 7-13, Madrid.

IX PREMIO CÍRCULO DE EMPRESARIOS 2003

Entidad Convocante
CÍRCULO DE EMPRESARIOS

Patrocinio
D. Javier Monzón, Presidente de
INDRA

OBJETO DE LA CONVOCATORIA

*TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y CRECIMIENTO ECONÓMICO:
EL PAPEL DE LA EMPRESA*

Dotación Económica

30.000 euros

Extensión de los trabajos a presentar

Mínima de 30 folios y máxima de 100 folios, tipo de letra Courier 10
o similar, en original y 5 copias, debidamente encuadernadas

Plazo de presentación de los trabajos

Antes del 16 de abril de 2004

Fallo del Premio

Antes del 7 de junio de 2004

Bases completas del Premio

Solicitarlas o recoger en:

CÍRCULO DE EMPRESARIOS

Serrano, 1 - 4.ª planta

28001 MADRID

Tel. 91 578 14 72 - Fax 91 577 48 71 y 91 435 81 58

Página web: www.circulodeempresarios.org

E-mail: asociacion@circulodeempresarios.org