

EL CONSENTIMIENTO EN LAS CONTRATACIONES ELECTRÓNICAS, SEGÚN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA

Gricelda Cañete Ribeiro*

Resumen. Se aborda el concepto de consentimiento y su aplicación a la contratación electrónica, estableciendo las características jurídicas en la legislación paraguaya de dicha contratación, en comparación con el contrato en soporte papel.

También se analiza su valor probatorio y, en relación con él, la posibilidad que tiene el contrato electrónico de cumplir las exigencias de la legislación civil en cuanto a su forma y suscripción documental.

En esta era de la globalización, en la que estamos inmersos en la “sociedad de la información”, participamos de una diversidad cultural que nos permite reducir las desigualdades y favorecer un desarrollo armónico en los ámbitos social, económico, jurídico y educativo.

Dentro de este contexto, el filántropo y financiero George Soros, identifica globalización con libre movimiento de capitales y la creación de grandes mercados financieros globales y de poderosas empresas multinacionales con el consiguiente dominio de las economías nacionales

* Abogada, Licenciada en Ciencias Políticas y Notaria por la Universidad del Norte. Masteranda en Educación con énfasis en Didáctica Universitaria. Especialista en Evaluación y Certificación de la Calidad en Educación Superior (Universidad Americana). Post grado en Didáctica Universitaria (UNINORTE). Diplomada en: Currículum basado en Competencias; Relaciones Internacionales; Adquisiciones y Contrataciones Públicas. Asesora Jurídica y Administrativa (Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones). Asesora Jurídica de Empresas Proveedoras del Estado. Correo-e: gricelda.canete@docente.ua.edu.py

y, a su vez, con la merma de poder de las instancias políticas locales (Peso Navarro, 2010, p. 13).

Este importante paso adelante en la evolución de nuestra sociedad, que adquiere genuinos tintes de revolución, ha sido resaltado tanto por la doctrina como por diversas iniciativas e instrumentos normativos de carácter supranacional. Entre estos últimos destacan especialmente dos trabajos por sus fechas de realización y sus respectivos ámbitos. En el seno de las Naciones Unidas, íntimamente vinculado con el tema, sobresale la “Ley Modelo sobre Comercio Electrónico” de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 1996; y, en el contexto de la Unión Europea, el denominado “Informe Bangemann” de 1994 (Menéndez Mato, 2005, p. 29).

Definición de la Sociedad de la Información

A efectos de tener un punto de partida conceptual común, podemos definir a la “Sociedad de la Información”, en dos sentidos complementarios.

En un primer sentido, de concepción global económica, *“es el nuevo sistema tecnológico, económico y social. Una economía en la que el incremento de productividad no depende del incremento cuantitativo de los factores de producción, sino de la aplicación de conocimiento e información a la gestión, producción y distribución, tanto en los procesos como en los productos”* (Castells, 1998).

Bajo la otra acepción, *“el término Sociedad de la Información se refiere a una forma de desarrollo económico y social en el que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y diseminación de la información con vistas a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de las personas y de las organizaciones, juega un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza y en la definición de la calidad de vida y las*

prácticas culturales de los ciudadanos" (Misión para la Sociedad de la Información, 1997).

Contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI, en su sigla en castellano), constituida en el año 1966, ha venido desarrollando una importante labor en la preparación de instrumentos que faciliten la reducción de los obstáculos generados por las diferencias existentes entre las legislaciones de carácter nacional reguladoras de las operaciones de comercio internacional (Oviedo Albán, 2009, p. vi).

Autonomía de la voluntad

El artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas, reconoce el principio de autonomía de la voluntad, en términos casi idénticos a los del artículo 6 de la Convención sobre compraventa internacional, al establecer que, *"Las partes podrán excluir la aplicación de ella o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones"* (Oviedo Albán, 2009, p. xxv).

En este caso, se está aludiendo a la autonomía de la voluntad, tanto en sentido material como conflictual, toda vez que los contratantes podrán no sólo determinar el contenido del contrato, sino también excluir la aplicación de la Convención, en los casos en que la misma resultare aplicable.

En cuanto al sentido de la autonomía de la voluntad material, las partes podrán expresar su consentimiento por medios electrónicos o por medios físicos tradicionales.

Sobre la autonomía de la voluntad conflictual, deben ser tenidas en cuenta las recomendaciones, que a propósito de dificultades prácticas vividas en contratos de compraventa internacional, ha hecho la doctrina, consistentes en que las partes deben cuidarse a la hora de redactar

cláusulas de exclusión ambiguas, como pudiere suceder en aquellos casos donde simplemente hacen referencia a un derecho nacional “en general”, y la Convención fuere parte de dicho derecho (Oviedo Albán, 2009, p. xxvi).

En consecuencia, una de las labores que deberá emprender tanto la doctrina, como la jurisprudencia, es identificar los principios generales de la contratación electrónica, muchos de los cuales se encuentran de manera explícita o implícita en la mencionada Convención, a efectos de contribuir con la uniformidad en su aplicación.

También debe recordarse, que la Convención insiste en los criterios interpretativos de “internacionalidad” y “buena fe”, que ya habían sido plasmados en la ley modelo sobre comercio electrónico en el artículo 3º (que tiene igual número en la Ley N° 527 de 1999). Igualmente, y a pesar de que las normas no lo establezcan, pueden llegar a ser aplicables los usos y las prácticas que se lleguen a derivar de las operaciones electrónicas.

La Ley N° 4017, “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”, prescribe cuanto sigue:

Artículo 2º. *Definiciones. A efectos de la presente Ley, se entenderá por:*

Firma electrónica: es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.

Firma digital: es una firma electrónica certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de

cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

Artículo 5°. *Empleo de mensajes de datos en la formación de los contratos. La oferta, aceptación así como cualquier negociación, declaración o acuerdo realizado por las partes en todo contrato, podrá ser expresada por medio de un mensaje de datos, no pudiendo negarse validez a un contrato por la sola razón de que en su formación se ha utilizado este sistema, siempre y cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez previstos en el Código Civil.*

Conforme al artículo precedente, no existirá el repudio en los casos de las contrataciones electrónicas, siempre que se constate el consentimiento y se cumplan los requisitos necesarios para su validez, en concordancia con lo establecido en el Código Civil.

En el Art. 3 de la **Ley N° 2051 “De Contrataciones Públicas”**, se establece lo siguiente:

... w) *Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP): Es el sistema informático que permite automatizar las distintas etapas de los procesos de contrataciones, desde la difusión de los requerimientos de bienes, locación, servicios u obras públicas hasta el cumplimiento total de las obligaciones contractuales y de la elaboración de datos estadísticos; la generación de información y su transmisión a través del uso de los medios remotos de comunicación electrónica de uso general, mediante la interconexión de computadoras y redes de datos, por medio del cual los organismos, las entidades y las municipalidades ponen a disposición de los proveedores y contratistas la información y el servicio de transmisión de documentación y la rendición de cuentas de los funcionarios y empleados públicos ante los organismos de control y la sociedad civil.*

Está prevista la utilización de medios remotos (informáticos) para realizar los procedimientos previos (planificación, publicación, ejecución, adjudicación), hasta el cumplimiento total de las obligaciones contractuales (contratación).

La **Ley N° 3439, modificatoria de la Ley N° 2051 de Contrataciones Públicas**, contiene las siguientes disposiciones en su Capítulo V, Procedimientos Electrónicos:

Art. 21. Utilización de medios electrónicos. Los trámites y actuaciones que conforman los procedimientos administrativos institucionales, así como los actos y medidas administrativas que en virtud de los mismos se dictan o dispongan, podrán realizarse por medios electrónicos, a través del Sistema de Información de Contrataciones Públicas (SICP).

Su validez jurídica y su consecuente valor probatorio serán idénticos a los de las actuaciones administrativas que se tramiten por medios convencionales.

Art. 22. Reglamentación del uso de medios electrónicos. La utilización de recursos tecnológicos para la gestión pública de contrataciones se conducirá conforme la reglamentación que dicte la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP).

Otras disposiciones de la **Ley N° 2051, De Contrataciones Públicas**, son las siguientes:

Art. 24. Presentación y apertura de ofertas. "...Las referidas ofertas podrán ser entregadas, a elección del participante, en forma directa a la Convocante, por medio de mensajería especializada o correo, bajo su estricto riesgo, o a través del uso de los medios remotos de comunicación electrónica establecidos en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP), en los términos y condiciones que al efecto señale el reglamento. El que los participantes opten por utilizar

alguno de estos medios para enviar sus ofertas no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación...”

En el artículo anterior, se expresa que las ofertas de los oferentes podrán ser enviadas por medios remotos de comunicación electrónica, como así también, la reglamentación para el efecto, está prevista en los artículos siguientes.

Art. 66. Del envío de ofertas por vía electrónica

Los sobres que contengan las ofertas que presenten los proponentes podrán entregarse, a elección de los mismos, por los medios remotos de comunicación electrónica, conforme a las disposiciones administrativas que establezca la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

En este caso, el sobre será generado mediante el uso de tecnologías que resguarden la confidencialidad de la información, de tal forma que sea inviolable, conforme a las disposiciones técnicas que al efecto establezca la referida Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

Las ofertas enviadas a través del referido Sistema, emplearán invariablemente el medio de identificación electrónica inviolable utilizada por la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), las cuales producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los instrumentos privados con firma autógrafa correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio y vinculatorio.

El envío de ofertas por vía electrónica tendrá validez probatoria con la utilización de la firma digital, que otorgara el no repudio y la integridad de la autoría del documento requerida para el efecto.

Art. 67. De la certificación de los medios de identificación electrónica. La Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) creará, operará y mantendrá en funcionamiento el sistema de certificación de los medios de identificación electrónica que utilicen los oferentes y será

responsable de ejercer el control de estos medios, salvaguardando la confidencialidad de la información que se remita por esta vía. El reglamento de esta ley describirá la técnica y los procedimientos administrativos a ser utilizados.

Art. 81. Protestas por medios electrónicos remotos

Las protestas a través de los medios remotos de comunicación electrónica que al efecto establezca la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), utilizando, al efecto, el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP). La utilización de sistemas autorizados de identificación electrónica remplazará a todos los efectos la firma autógrafa.

La documentación que deba acompañarse a dichas protestas, la manera de acreditar la personalidad y el interés legítimo del promotor, se sujetarán a las disposiciones técnicas que para efectos de la transmisión expida la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), en cuyo caso producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los medios de identificación y documentos correspondientes.

En el caso de las protestas que se presenten a través de medios remotos de comunicación electrónica, deberán utilizarse mecanismos de identificación electrónica emitidas por la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) en sustitución de la firma autógrafa. La presentación de las protestas por medios electrónicos se sujetará a las disposiciones técnicas que expida la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT).

Las Protestas podrán realizarse desde la publicación de los pliegos de bases y condiciones, durante el proceso de evaluación y también podrán protestar la adjudicación.

Art. 91. Implementación del sistema tecnológico de información de las contrataciones públicas.

La Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) deberá completar la implementación en el plazo máximo de dos años, contados a partir de la promulgación de esta ley, el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP). Dentro de los primeros seis meses de iniciada la implementación se dará a conocer la información a que alude el Artículo 65, en cuanto a las convocatorias y a los pliegos de bases de las licitaciones y a las adquisiciones realizadas, a través de los medios remotos de comunicación electrónica.

El consentimiento de conformidad con el Código Civil

En relación con el consentimiento, el Código Civil contiene las siguientes disposiciones:

Art. 674. El consentimiento debe manifestarse por oferta y aceptación. Se lo presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida o pedida; o porque quien haya de manifestar su aceptación hiciere lo que en caso contrario no hubiere hecho, o dejare de hacer lo que habría hecho si su intención fuere la de rechazar la oferta.

Es decir, debe existir un ofrecimiento y una aceptación manifiesta, en consideración de una cosa que es ofrecida y posteriormente aceptada en forma voluntaria por la otra parte.

Art. 675. Para que exista consentimiento, la oferta hecha a una persona presente deberá ser inmediatamente aceptada. Esta regla se aplicará especialmente a la oferta hecha por teléfono u otro medio que permita a cada uno de los contratantes conocer inmediatamente la voluntad del otro.

Art. 676. Entre personas ausentes, el consentimiento podrá manifestarse por medio de agentes, por correspondencia epistolar o telegráfica, u otro medio idóneo.

En los artículos citados anteriormente, se menciona en el primero que la oferta podrá ser hecha "...por teléfono u otro medio", y en el

segundo que el consentimiento podrá manifestarse "...por correspondencia epistolar o telegráfica, u otro medio idóneo". No se especifica cuál es el medio idóneo, pudiendo ser un medio electrónico.

También se destaca que el interés es conocer inmediatamente la voluntad del otro, es decir, la inmediatez en cuanto a la respuesta (aceptación o no aceptación).

Art. 689. En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe.

En las contrataciones electrónicas, no contándose con la presencia física de las partes, se considera que en concordancia al artículo precedente las partes deben necesariamente comportarse de acuerdo con la buena fe.

El consentimiento, explicitado por la oferta y su aceptación, exige que la oferta esté clara para quien la hace, de modo que la aceptación se corresponda exactamente con la propuesta, por lo que ha de ser definida y entendida en su totalidad. De ahí que la correcta delimitación del objeto del contrato es clave, porque de ella depende evitar problemas posteriores que pudieran devenir en la relación contractual.

El problema del consentimiento. Modalidades de contratación electrónica

En materia de contratación electrónica, se presentan varias fases que comprenden el consentimiento en las redes y en el lugar de celebración.

Los efectos jurídicos de dichas exteriorizaciones de voluntad de contratación son distintos si lo es entre empresas o entre éstas y los consumidores.

Siguiendo a Lorenzetti, podemos decir que las modalidades de la contratación electrónica se dan de dos maneras: 1) con el proveedor de

acceso a Internet y 2) con el proveedor de bienes y servicios a través de la red.

En el primer supuesto el consumidor celebra un contrato con el proveedor de acceso a Internet quien, por un canon mensual, le asigna una dirección (dominio registrado) y que es individualizado por medio de algún signo o de palabras suministradas por el usuario. Con ello tiene derecho a recibir y enviar información por correo electrónico con carácter de exclusividad por medio de una clave.

Asimismo, tiene acceso a una página llamada de presentación donde suministra información en forma pública y sin restricciones, recibiendo también comunicaciones electrónicas.

En el segundo supuesto, una vez asignado el acceso a Internet, el usuario ingresa al mismo libremente, y puede visitar distintos sitios, recabar información y contratar. Se configura de esta forma el contrato electrónico.

El contrato jurídico se rige por el principio de la autonomía de la voluntad. La voluntad humana sigue siendo la base de todo acuerdo. Lo que se modifica por los avances tecnológicos son las formas de manifestación de la oferta y de la aceptación.

La problemática surge en vista al grado de seguridad que brindan dichos recursos y la aceptación jurídica de los mismos ante un supuesto de incumplimiento contractual.

El contrato electrónico es el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles.

Al respecto podemos decir que el contrato a través de Internet sin elementos extranacionales, se considera perfeccionado con el intercambio de la oferta y la aceptación, sin modificaciones de las mismas.

La voluntad de las partes de contratar va a ser exteriorizada por medio de la computadora y de las telecomunicaciones, en combinación.

Por lo tanto, la contratación electrónica por medios digitales, es la que se lleva a cabo desde la formación del consentimiento hasta la ejecución del contrato, mediante dispositivos de enlaces electrónicos que se comunican interactivamente por canales de red basados en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados, con el fin de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

El consentimiento *online*

Como regla general el contrato electrónico es un contrato a distancia, por ello es necesario dilucidar si se trata de un contrato celebrado entre personas físicamente presentes o entre ausentes.

En las contrataciones por vía telefónica, la doctrina ha considerado separadamente el momento y el lugar de celebración. Con el uso del teléfono la comunicación es instantánea, por lo que se considera que es entre presentes. En cambio, en relación con el lugar, como las personas están físicamente distantes, el contrato es regido por las normas relativas a la contratación entre ausentes. En este último caso hay una distancia geográfica que se traduce en un tiempo de comunicación jurídicamente relevante, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea.

En el contrato electrónico las relaciones son más complejas y diversas, por lo que debemos distinguir:

- 1) cuando un contrato es celebrado entre presentes y ausentes
- 2) criterios de distribución del riesgo entre ausentes
- 3) la aplicación de estos criterios en los contratos electrónicos (Ibrahim, 2008, p. 144-146)

Conclusiones y recomendaciones

Las contrataciones electrónicas actualmente están insertas en nuestra actividad diaria. En ocasiones no las percibimos como tales, pero desde el envío de mensaje desde una empresa de servicio de comunicaciones móvil, ya estamos otorgando nuestra aceptación, para el envío y la recepción del mismo.

La importancia de contar con una normativa acorde a las actualizaciones tecnológicas nos otorgará la seguridad requerida para el efecto,

El consentimiento está relacionado estrechamente con nuestra necesidad de seguridad durante una transacción contractual que realizamos, considerando que la contratación entre "ausentes" - con comunicación instantánea - genera una cierta incertidumbre hacia la validez o no del acto.

La normativa debe ser constantemente revisada y actualizada, siguiendo las recomendaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales.

Sobre esta base, Kaba Ibrahim manifiesta que se ha acordado lo siguiente:

a) *dos personas distantes que emiten declaraciones instantáneas*: vínculo entre presentes;

b) *si dichas personas están en países diferentes, se aplican las reglas del derecho internacional privado*: vínculo entre ausentes;

c) respecto a la contratación electrónica, cuando hay diálogos interactivos que importan actos instantáneos, la celebración es entre presentes.

Por ende, la aplicación normativa debe darse conforme se concluyen los actos.

Bibliografía

Castells, M. (1998). *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. Barcelona: Alianza Editorial.

Ibrahim, K. (2008). *Elementos básicos de comercio electrónico*. Cuba: Editorial Universitaria.

Menéndez Mato, J. C. (2005). *El contrato vía internet*. España: J.M. Bosch Editor.

Misión para la Sociedad de la Información. (1997). *Libro Verde sobre la Sociedad de la Información en Portugal*. Lisboa.

Oviedo Albán, J. (2009). Convención de las naciones unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales. Colombia *Red International Law Revista Colombiana de Derecho*.

Peso Navarro, E. del, Peso Ruiz, M. del, Ruiz Gómez, A. (2010). *Vocabulario español actualizado de iustecnología de la información: (Bibliografía de las TICS por temas, autores y año de publicación)*. España: Ediciones Díaz de Santos.

Legislación

Ley N° 1183/85 Código Civil.

Ley N° 2051/03 y N° 3439 De Contrataciones Públicas.

Ley N° 4017/10 De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico.