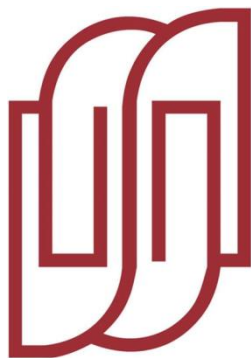


FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY
LICENCIATURA EN DERECHO



EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA
INTERNACIONAL: ANÁLISIS DEL DERECHO MEXICANO Y EL
DERECHO ESPAÑOL

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA
SOFÍA GARCÍA MAYAGOITIA

SANTA CATARINA, N.L.

MAYO, 2020

A mi madre, Pilar, y a mis abuelos, Selvia y Francisco, sin cuyo amor, apoyo y esfuerzo no
estaría en donde estoy ahora.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Página 1
CAPÍTULOS	
I. EL CONSENTIMIENTO EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO	5
A. Concepto	6
1. Oferta	8
2. Aceptación	12
B. Modo de manifestar el consentimiento	14
C. Formación del consentimiento	15
1. Oferta sin fijación de plazo entre partes con posibilidad de mantener comunicación inmediata	17
2. Oferta sin fijación de plazo entre partes sin posibilidad de mantener comunicación inmediata	18
D. El problema de la formación del consentimiento en el ámbito internacional	24
II. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL DERECHO MEXICANO	26
A. Concepto de contrato electrónico	26
B. Manifestación de la voluntad	27
C. La “firma digital” y la “Firma Electrónica Avanzada”	32
III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL DERECHO ESPAÑOL	36
A. Breve introducción al Derecho de la Unión Europea	36
B. Normas conflictuales de derecho uniforme	38
C. Legislación en materia de contratación electrónica	43
1. Teoría general conforme al Código Civil Español	43
2. Legislación especial en materia de contratación electrónica	46
IV. EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS CUANDO LAS PARTES SE	

ENCUENTRAN EN ESTADOS DISTINTOS: MÉXICO Y ESPAÑA	53
A. Supuesto en el que el foro es España	54
1. Contrato de compraventa	56
2. Contrato de franquicia	58
3. Contrato de prestación de servicios	61
B. Supuesto en el que el foro es México	62
C. Crítica y propuesta al sistema mexicano	65
CONCLUSIÓN	65
BIBLIOGRAFÍA	67

INTRODUCCIÓN

La tecnología hoy en día ha avanzado de tal manera que las personas pueden comunicarse a través de una gama más amplia de medios. Esto, a su vez, ha permitido que los actos jurídicos puedan celebrarse a través del uso de la tecnología. Las personas pueden celebrarlos estando en distintas partes del mundo, de una manera que parece ser simultánea, como si se estuvieran en el mismo lugar físicamente. El Derecho, por naturaleza, es evolutivo ya que debe adaptarse a las condiciones de vida de la sociedad en un momento actual. Sin embargo, en ocasiones las leyes no contemplan todos los supuestos posibles y es ahí en donde corresponde al jurista proveer una respuesta.

Tal es el caso del perfeccionamiento de los contratos electrónicos; en particular, el momento en que se considera que existe el consentimiento. Los contratos se consideran perfeccionados cuando se acepta una oferta o propuesta, por lo que parece sencillo determinar el momento en que se consideran celebrados. Sin embargo, cuando se utilizan medios tecnológicos como lo es el Internet para manifestar el consentimiento, la determinación del momento a partir del cual existe un contrato se puede llegar a dificultar. Pero, se pueden acudir a las normas de derecho civil para solucionarlo.

La tarea de determinar a partir de qué momento se considera perfeccionado un contrato puede complicarse aún más si se añade un elemento de extranjería al de tecnología y si las partes no indican cuál es el derecho aplicable¹. Habría que preguntarse entonces qué Derecho es el aplicable para determinar el momento a partir del cual existe un contrato.

¹ Se está ante el supuesto de que las partes hayan sido omisas en elegir una legislación aplicable al contrato, y se resolverá la problemática en esta tesis partiendo de este punto.

Esta tesis tiene como propósito determinar el momento en el que se consideran perfeccionados los contratos electrónicos en el ámbito internacional, haciendo un análisis particular del Derecho Mexicano y el Derecho Español. Entendiéndose como “contrato electrónico internacional”, a aquellos que son celebrados a través de correo electrónico², cuando las partes se encuentran en distintos Estados (países). Adquiere especial relevancia ya que este dato permite al oferente saber si continúa *ligado* por su oferta o si puede revocarla o no, y permite a las partes determinar el momento a partir del cual se vuelven titulares de derechos y obligaciones que surgen a partir de la celebración de ese contrato. Para el estudio de este tema, se hará un análisis de Derecho comparado entre México y España.

España es un Estado miembro de la Unión Europea, y como tal, su sistema jurídico está compuesto de normas que son de aplicación en toda la Unión. El estudio del Derecho de España permite obtener un conocimiento jurídico más amplio al ser miembro de la Unión Europea. Además, es un país que tiene una teoría sobre el consentimiento distinta a la de México, y que regula de manera especial el tema de contratación electrónica. Se eligió España porque estas variantes permiten evidenciar la insuficiencia jurídica del sistema mexicano sobre la materia.

El análisis de los contratos electrónicos será analizado desde una perspectiva mercantil. Entendiéndose que dichos actos se considerarán para esta tesis actos de comercio, debido a que la mayoría de los contratos internacionales son de dicha materia.

² Entendiéndose como correo electrónico el servicio de Internet a través del cual las personas pueden intercambiar mensajes a través de un servidor de correo, mismo que permite que se reciban los mensajes cuando se conectan las personas a la Red.

Para esto, se analizarán únicamente supuestos en donde las partes no hayan pactado cuál es el derecho aplicable al contrato.

Este tema se subdivide en cuatro cuestiones a estudiar. Los primeros tres son: el consentimiento de manera general, la regulación de contratación electrónica en el Derecho Mexicano y la regulación de la contratación electrónica en el Derecho Español. Una vez estudiados estos temas, puede procederse a la cuarta cuestión: el análisis y la aplicación de los mismos a un caso en concreto.

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Por lo que, en el primer capítulo, se estudiará el consentimiento de manera general, conforme a la teoría general de las obligaciones. Se estudiará su concepto, incluyendo los elementos de oferta y aceptación. Posteriormente, se indicarán cuáles son las maneras en que se puede manifestar la voluntad, y cómo es que se da la formación del consentimiento.

En el segundo capítulo, se analizará de manera específica el consentimiento en materia de contratación electrónica en el Derecho Mexicano para así determinar cuándo se entienden como perfeccionados dichos contratos. Se acotará el término de “contrato electrónico” y se estudiarán los conceptos de “firma digital” y “firma electrónica avanzada”.

En el tercer capítulo, se estudiará la legislación española aplicable a la materia. Por ser un Estado miembro de la Unión Europea, se brindará una breve introducción a los actos legislativos que puede emitir la Unión y cómo es que éstos afectan a los Estados miembros. Después de esto, se estudiarán las normas de conflicto uniformes que pueden ser aplicables a la materia, para determinar cuál es el derecho aplicable para estudiar el consentimiento de

los contratos internacionales. Finalmente, se estudiará la legislación española referente al consentimiento y perfeccionamiento de contratos electrónicos en general.

Por último, en el cuarto capítulo, se hará uso de la investigación previamente mencionada para determinar en qué momento se tienen como perfeccionados los contratos electrónicos internacionales. Tomando en cuenta dos perspectivas principales: España como el foro y México como el foro.

Se probará que la legislación mexicana no es suficiente a la hora de regular los contratos electrónicos internacionales y que esto trae como consecuencia problemas en la práctica.

Capítulo I

EL CONSENTIMIENTO EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

De la lectura de los artículos 1792, 1793 y 1794 del Código Civil Federal, se desprende que un contrato es un acuerdo entre dos o más partes que tiene como efecto la producción o transmisión de derechos y obligaciones. Para que exista un contrato, la ley indica que es necesaria la concurrencia de dos elementos: consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato.

La doctrina de los maestros Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, define de una manera más amplia el concepto de “contrato”³. En primer lugar, inicia por definir el concepto de “convenio” en sentido amplio como cualquier acuerdo de voluntades encaminado a la producción de consecuencias jurídicas, que pueden ser no solo la creación o transmisión de derechos y obligaciones, sino cualquier otra consecuencia que pueda regularse por las partes, incluyendo la modificación y extinción. De acuerdo a la doctrina, “convenio,” en sentido amplio, es sinónimo de “negocio jurídico bilateral”. En segundo lugar, define dos especies de convenio: el contrato y el convenio en sentido estricto.

Conforme a la definición legal, el contrato es la especie de convenio que tiene como propósito el producir o transferir derechos y obligaciones. A *contrario sensu*, el convenio en sentido estricto es aquel acuerdo de voluntades por el cual se modifican o extinguen derechos y obligaciones⁴.

³ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 99.

⁴ Loc. Cit.

El artículo 1859 del Código Civil Federal establece que *“las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”*. Por lo tanto, no existe un criterio de distinción general entre los conceptos de convenio o contrato. Por este motivo, a lo largo de esta tesis, se hará referencia al término “contrato” ya que es la figura que el Código regula expresamente. Pero “contrato” debe de entenderse como convenio en sentido amplio, ya que las disposiciones de dicha especie, son de aplicación a su género.

Conforme al artículo 1796 del Código Civil Federal, *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”*. Es decir, se dice que un contrato existe, o inicia su vigencia, cuando hay consentimiento entre las partes. El primer capítulo de esta tesis consiste en determinar en qué consiste el consentimiento, de qué manera se puede manifestar y cómo se da su formación. Lo anterior con el fin de aplicarlo en materia de contratación electrónica en el Derecho internacional, materia de la presente tesis.

A. CONCEPTO.

La definición que propone Martínez Alfaro de “consentimiento” está conformada por los elementos existenciales de los convenios: *“es el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de las obligaciones”*⁵.

⁵ Martínez Alfaro, Joaquín. **Teoría de las Obligaciones**. 13ª ed. México, Porrúa, 1989/2015, p. 25.

Desde otro punto de vista, Robles Farías⁶ sostiene que en el Derecho, la palabra “consentimiento” tiene una doble acepción. Por un lado, se refiere a la exteriorización de la voluntad, y por el otro, a la voluntad común de dos o más partes respecto de un objeto. Es decir, el empleo de dicha palabra se puede referir tanto a la manifestación de voluntad de las personas como al mismo acuerdo de voluntades que tienen como consecuencia la creación del acto jurídico.

En el mismo sentido opina Rojas Amandi y va incluso más allá al identificar las dos acepciones anteriores como un elemento subjetivo y uno objetivo del consentimiento⁷. En este orden de ideas, el elemento subjetivo consiste en “*una voluntad consciente de producir consecuencias de Derecho*”⁸ mientras que el objetivo implica “*una conducta observable que tiene por objeto expresar dicha voluntad*”⁹. En otras palabras, el consentimiento se refiere tanto al acuerdo de voluntades que va dirigido a producir efectos jurídicos, como a la forma en que se manifiesta o exteriorizan dichas voluntades.

La doctrina de Azúa Reyes indica que el proceso de formación del consentimiento inicia cuando una parte (conocida como “policitante” u “oferente”) le propone a otra(s) parte(s) ([“destinatario(s)”]) celebrar un contrato con el ánimo de entrar en una relación jurídica¹⁰. Si dicha proposición es aceptada, entonces se dice que hay consentimiento y, por lo tanto, el contrato existe. Por ende, el consentimiento es el acuerdo de voluntades por

⁶ Robles Farías, Diego. **Teoría General de las Obligaciones**. 3ª reimpr. Oxford, México, 2011/2015, p. 155.

⁷ Rojas Amandi, Víctor Manuel. “El Perfeccionamiento del Consentimiento en la Contratación Electrónica”. Disponible en línea: **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México**, Vol. 58, No. 249, 20008, (pág. 253-289), pág. 255 <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61211/53953>> (Consulta: 1º de Nov., 2019)

⁸ Loc. Cit.

⁹ Loc. Cit.

¹⁰ Azúa Reyes, Sergio T. **Teoría General de las Obligaciones**. 5ª ed. México, Porrúa, 1993/2012, p. 62.

el cual las partes *“hacen recíproca entre ellos la propuesta planteada originalmente por el oferente”*¹¹.

El jurista Gutiérrez y González indica en su doctrina que el consentimiento se compone de dos elementos: la póllicitación, propuesta u oferta y la aceptación¹². Por una parte, la oferta es *“una declaración unilateral de la voluntad; expresa o tácita; hecha a persona presente o no presente; hecha a persona determinada o indeterminada; debe contener los elementos esenciales del contrato que se desee celebrar; seria y con ánimo de cumplir”*¹³, también llamada póllicitación o propuesta¹⁴. Mientras que la aceptación consiste en *“una declaración unilateral de la voluntad; expresa o tácita; hecha a persona presente o no presente; hecha a persona determinada o indeterminada; expresa una adhesión lisa y llana a la propuesta; reduciéndose a un sí; seria”*¹⁵. Al que hace la oferta se le conoce como oferente y al que la acepta como aceptante.

1. Oferta.

Como ya fue mencionado, la oferta consiste en una declaración unilateral de la voluntad que tiene efectos jurídicos autónomos a la aceptación. Existe la oferta desde que se hace una proposición de celebrar un acto jurídico, hasta el instante previo de ser

¹¹ Loc. Cit.

¹² Gutiérrez y González, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**. 7ª ed. México, Porrúa, 1961/2010, p. 192.

¹³ Loc. Cit.

¹⁴ No toda la doctrina está de acuerdo en que “oferta” y “póllicitación” sean conceptos sinónimos.

El jurista Gutiérrez y González considera que sí lo son, ya que en la antigua Roma se utilizaba el término para referirse a una propuesta a un Estado o municipio, que equivaldría a una promesa unilateral en el mundo moderno.

Por el otro lado, Fausto Rico et al considera que el término “póllicitación” debe de ser utilizado únicamente para referirse a las declaraciones unilaterales de voluntad dirigidas al público.

Al no existir un consenso entre la doctrina, en la presente tesis se hará uso del término “oferta”, al resultar el más claro y sobre el cual no existe debate alguno.

¹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**. 7ª ed. México, Porrúa, 1961/2010, p. 192.

aceptada, si es que lo es, y dependiendo de si la oferta está sujeta a modalidades¹⁶. La doctrina ha identificado diversos elementos caracterizadores de la oferta.

La oferta debe de tener un contenido jurídico¹⁷. Esto quiere decir que para que tenga efectos jurídicos, o “*de integración del consentimiento*”¹⁸ debe de consistir en una invitación para celebrar un acto jurídico, con el propósito de crear una relación jurídica. Esto también implica que la oferta debe de contener toda la información necesaria para que el que conozca de ella sepa en qué consiste el acto jurídico que se busca celebrar. En otras palabras, la oferta debe de contener el objeto del acto que se pretende llevar a cabo.

La oferta también debe ser exteriorizada¹⁹. El Derecho se caracteriza por ser exterior, es decir, por regular la conducta externa de los individuos. Por lo tanto, para que la oferta produzca consecuencias de Derecho, debe ser exteriorizada a través de cualquier medio de comunicación humana.

Asimismo, la oferta debe de ser recepticia, “*debe ser dirigida a quien pueda jurídicamente aceptarla*”²⁰.

La oferta también puede dirigirse tanto a persona determinada como indeterminada (una colectividad)²¹. Además, puede ser pura y simple, o sujetarse a modalidades (condición, término, plazo o carga)²². Éste último es el supuesto que regula el Código Civil Federal en su artículo 1804 al establecer que “*toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta*

¹⁶ Azúa Reyes, Sergio T. **Teoría General de las Obligaciones**. 5ª ed. México, Porrúa, 1993/2012, p. 63.

¹⁷ Robles Farías, Diego. **Teoría General de las Obligaciones**. 3ª reimpr. Oxford, México, 2011/2015, p. 168.

¹⁸ Loc. Cit.

¹⁹ Robles Farías, Diego. **Teoría General de las Obligaciones**. 3ª reimpr. Oxford, México, 2011/2015, p. 168.

²⁰ Loc. Cit.

²¹ Loc. Cit.

²² Loc. Cit.

hasta la expiración del plazo”. En este supuesto, la oferta se encuentra condicionada a un plazo, el oferente solamente se encuentra vinculado a ella hasta la expiración de dicho plazo.

Tanto el artículo 1804 del Código Civil Federal, como el artículo 1807 del mismo ordenamiento plasman el carácter vinculante de la oferta. Los oferentes se encuentran vinculados a la propuesta una vez que la hayan realizado, y únicamente pueden revocarla si el destinatario recibe la retractación antes que la oferta.

Estos elementos caracterizadores de la oferta se encuentran también en la siguiente tesis aislada emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

“CONTRATOS NEGOCIACIONES O TRATOS PRELIMINARES EN ÉSTOS. En tratándose de contratos, es de señalar que en ocasiones éstos se forman sin ir precedidos de contactos previos entre las futuras partes, sin embargo, en la realidad el contrato casi nunca se forma instantáneamente, especialmente, cuando presenta relevante interés económico, pues entonces, va precedido de tratos o negociaciones, que en el lenguaje coloquial se denomina contratar, que sólo es una actividad dirigida a conseguir los acuerdos respectivos, más o menos prolongados, durante los cuales las futuras partes contratantes debaten acerca de cuál será o podrá ser el contenido del contrato por realizar y valoran la conveniencia de acceder o no a él. Los tratos o negociaciones preliminares no son vinculantes, en virtud de que el resultado de ellos no es todavía el contrato, sino un mero esquema hipotético, que se convertirá en un futuro contrato, si las partes dan su consentimiento sobre cada una de las cláusulas que lo forman. Sin embargo, tales tratos sí obligan cuando ya han llegado al punto en que haga prever que se podría celebrar el contrato y una de las partes rompe con los tratos sin motivo justo o atendible, porque entonces se da la culpa en el curso de los tratados contractuales y la responsabilidad precontractual y entonces la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, esto es, al denominado interés contractual negativo, en contraposición al llamado interés contractual positivo o interés en el cumplimiento cuando pueda probarse que confiando en el estado de los tratos, ha incurrido en gastos que no habría afrontado si hubiese podido prever que el contrato no se iba a concluir, o bien, que rechazó otra oferta igual o más ventajosa, proveniente de otra persona sufriendo así daños y/o perjuicios lo cual se encuentra implícito en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, pero no obstante lo anterior, no hay lugar al resarcimiento cuando la ruptura de los tratos ha quedado sin consecuencias patrimoniales para la contraparte. El contrato puede formarse de manera instantánea con todos sus elementos, pero puede también, de momento, alcanzar el entendimiento sobre algunos elementos remitiendo la determinación de otros a un momento posterior, lo que se conoce como la formación progresiva del contrato y el documento en el que se fija por escrito el contenido de los puntos esenciales, sobre los que se alcanza el aludido entendimiento de las partes, es la denominada minuta o borrador, pero en principio, no tiene carácter vinculativo para las partes porque éstas son conocedoras del carácter provisional o interlocutorio de él cuyo entendimiento formal será alcanzado en cuanto a todos los puntos una vez que esté debidamente formado, por lo que la minuta, aunque esté firmada no es fuente de obligación o de adquisición de derechos. Debe decirse también

que los tratos se inician con una propuesta u oferta de contrato dirigida, verbalmente o por escrito, por un sujeto proponente u oferente a un destinatario y la oferta no es perfecta, sino hasta que sea conocida por éste. La propuesta, completa como debe ser, contiene en germen, todos los elementos esenciales del futuro contrato y se debe someter al destinatario de ella para su examen, y si bien es cierto que dicho destinatario no tiene el deber jurídico de dar una respuesta de aceptación o rechazo pudiendo dejar caer en silencio la propuesta, también es verdad que ésta no compromete al proponente, quien siempre estará en posibilidad de revocarla, mientras no sea aceptada, cuestiones las anteriores que se infieren de la interpretación de los artículos del 2243 al 2246 del comentado Código Civil para el Distrito Federal, contenidos en el título primero, denominado "De los contratos preparatorios. La promesa de la compraventa", en íntima relación con los artículos del capítulo II, denominado "De la declaración unilateral de voluntad", artículos del 1860 al 1881 del citado código. Debe señalarse también que la propuesta, con independencia de su revocación, pierde eficacia o caduca, en el sentido de que libera al proponente si queda sin respuesta de aceptación por un tiempo que exceda del establecido por el referido proponente, o del ordinariamente necesario, según la naturaleza del negocio. Actualmente las propuestas u ofertas están reguladas en los artículos del 1860 al 1881 ya expuestos, las que acompañadas de un plazo dentro del cual el destinatario tiene la facultad de aceptar, contienen una implícita renuncia al derecho de revocación y son vinculantes para el oferente por toda la duración de aquel término, conforme a los artículos 1860 y 1863 de la codificación legal en cita. La revocación de las propuestas u ofertas que sirve para limitar la consecuencia de un espontáneo acto de voluntad y arbitrio del proponente, sólo es eficaz si se ha hecho después del vencimiento del término, acorde con el artículo 1863 invocado, pero por otra parte, transcurrido el término sin la aceptación del destinatario, la revocación es inútil, ya que la caducidad de la oferta se produce por sí misma. Precisamente, para que la propuesta no se entienda como oferta firme, se suele acompañar de la cláusula "sin compromiso", "quedando libre", u otra equivalente, sin embargo, aun sin cláusula de este género que sirve solamente de precaución para el oferente, las propuestas puras y simples deben considerarse, en la duda como "no firmes" y por tanto revocables, en atención a lo expuesto en líneas que anteceden. Luego la negociación o trato preliminar, constituye un documento en el que los futuros y posibles contratantes debatieron acerca de cuál podría ser el contenido del pacto a realizar, en que se valoró la conveniencia de la operación, además de que constituye un esquema meramente hipotético que se podrá o no convertir en contrato si se da el consentimiento sobre cada una de sus cláusulas. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO"²³.

(Énfasis añadido).

La tesis, en primer lugar, habla sobre las negociaciones preliminares en materia contractual. Dichas negociaciones no son vinculantes, ya que son verdaderamente esquemas hipotéticos de un futuro contrato y las partes reconocen su carácter provisional. En segundo lugar, contempla las características que deben de tener las propuestas y ofertas: deben contener los elementos esenciales del futuro contrato y debe de ser sometida al

²³**Contratos negociaciones o tratos preliminares en éstos.** Tesis aislada. Amparo directo. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Clave I.6o.C.363 C. (SJF y su Gaceta: 9ª época, Tomo XXII, Sept., 2005, pág. 1436). Disponible en línea: SCJN <<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/177/177335.pdf>> Registro 177335. (Consulta: 10 de Nov., 2019).

destinatario para su examen. El destinatario de la oferta no tiene el deber de aceptarla, así como el oferente tiene la posibilidad de revocarla una vez concluida su vigencia.

2. Aceptación.

La aceptación produce efectos jurídicos cuando, junto a la oferta, integra el consentimiento. Al igual que la oferta, debe de ser exteriorizada y recepticia. Pero además, debe de ser lisa y llana, conforme al artículo 1810 del Código Civil Federal: *“El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe, modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores”*. En palabras de los maestros Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, lo anterior quiere decir que el destinatario debe de aceptar,

“...con un claro y decidido ‘sí’. En caso de que la respuesta no sea una aceptación lisa y llana, sino que modifique la oferta, el oferente quedará librado y la propuesta del destinatario se considerará una nueva oferta.”²⁴

Aunque la ley claramente dispone que la aceptación solamente será considerada como tal si es lisa y llana, la doctrina ha interpretado que existe la posibilidad de que esto no sea así. Puede darse el caso de aceptaciones que lleguen a abarcar aspectos no contemplados por la oferta²⁵. Es decir, que la aceptación, además de ser un “sí”, contemple una modalidad o alguna otra circunstancia no mencionada por el oferente. Los autores proponen como solución a lo anterior lo siguiente:

²⁴ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 130.

²⁵ Loc. Cit.

“... cualquier omisión del oferente en la formulación de la oferta debe ser colmada con el régimen supletorio que prevea la Ley para el acto de que se trate, en el entendido de que si la respuesta del destinatario modifica lo expresado por el oferente o lo previsto en Ley, éste quedará liberado.”²⁶

Conforme a este criterio, cuando una aceptación abarque aspectos no contemplados por la oferta, debe de encontrarse el precepto legal que funcione de manera supletoria para conocer si dicha aceptación es contradictoria a lo dispuesto por la Ley o no. Si existe una contradicción, entonces no habrá aceptación.

Realmente la interpretación anterior no se aleja del requerimiento de que la aceptación sea lisa y llana, ya que si existe una modificación a la misma, se entendería como una oferta nueva. Se trata entonces de un principio de supletoriedad, en el que lo no dispuesto por la oferta, va a ser suplido por la ley. Esto, ya que al haber oferta y aceptación, se estaría perfeccionando el acto jurídico. Y el contrato que nazca de dicho acuerdo de voluntades va a ser regulado por aquello dispuesto en la oferta, y de forma supletoria, por lo que diga la ley. No tendría sentido que la aceptación abarcara un aspecto contrario a lo indicado por la ley de forma supletoria; si lo hiciere, tal aceptación constituiría en realidad una nueva oferta o contrapropuesta; y si el nuevo aspecto planteado por el destinatario fuera acorde con lo que establece el régimen legal supletorio, no sería más que una confirmación de la propuesta original y, por ende, constituiría una aceptación lisa y llana.

Otro supuesto discutido en la doctrina es el de aceptaciones condicionales y aceptaciones propositivas. Las aceptaciones condicionales *“supeditan sus efectos a que el oferente consienta alguna alteración en la oferta”* ²⁷. En el supuesto de una aceptación

²⁶ Ídem., p. 131.

²⁷ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 131.

condicional no cabe la integración del consentimiento porque la nueva oferta dependería de la aceptación del primer oferente. Es por esto que el artículo 1810 contempla el supuesto de aceptaciones condicionales como creación de una nueva oferta o propuesta.

A diferencia de las aceptaciones condicionales, las propositivas *“admiten la oferta en sus términos originales, pero sugieren- y no imponen- una modificación”*²⁸. La doctrina ha identificado que en este supuesto existen dos aceptaciones distintas: una lisa y llana de la oferta original y otra dirigida a modificar las condiciones del contrato celebrado.²⁹

B. MODO DE MANIFESTAR EL CONSENTIMIENTO.

Los actos jurídicos plurilaterales se perfeccionan a través del acuerdo de voluntades de las partes. Para que produzcan consecuencias de Derecho, es necesario que dichas voluntades sean manifestadas, o en otras palabras, exteriorizadas por su emisor.

El consentimiento en la celebración de actos jurídicos se encuentra regulado en el Código Civil Federal. Sobre la manera en que el consentimiento es manifestado, dicho ordenamiento dispone, en su artículo 1803, que el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso *“cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos”*.

²⁸ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, pág.. 131.

²⁹ Loc. Cit.

La voluntad se manifiesta de manera verbal cuando se utiliza el lenguaje hablado. Es escrita cuando las partes plasman su voluntad en documentos a través de los caracteres del lenguaje y sus firmas. Se realiza a través de signos inequívocos cuando se utilizan sonidos o gestos que solamente puedan interpretarse en un sentido³⁰. Es importante recalcar que la ley permite que el consentimiento se manifieste a través de medios electrónicos, aunque en realidad, éstos no son más que eso, *medios* a través de los cuales se pueden exteriorizar el lenguaje verbal o escrito, o bien, los signos inequívocos que constituyen la manifestación expresa de la voluntad. Cuando se trata de intercambio de correos electrónicos, la voluntad realmente se manifiesta de manera expresa, por escrito.

Por el otro lado, conforme al artículo 1803, es tácito el consentimiento cuando existan hechos o actos *“que lo presupongan o que autoricen presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”*.

Cuando la voluntad se manifieste a través de medios electrónicos, entonces se considerará exteriorizado el consentimiento de manera expresa. Lo anterior es relevante ya que la Ley, en una gran cantidad de casos, exige que la voluntad se exteriorice de manera expresa.

C. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

Como ya fue mencionado, el consentimiento consiste en un acuerdo de voluntades, integrado a su vez por dos manifestaciones de la voluntad: la oferta y la aceptación. El

³⁰ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 119

consentimiento se forma entonces cuando hay una aceptación de la oferta. Así lo dispone el artículo 1807 del Código Civil Federal: *“El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes”*. Los artículos precedentes hablan sobre el modo en que debe manifestarse la voluntad, sobre el carácter vinculante de la oferta y sobre las reglas que existen cuando el consentimiento se da entre personas “presentes” y “no presentes”. Estas últimas reglas se refieren a la vigencia de la oferta y a la formación del consentimiento.

Distintos autores, como Robles Farías y Martínez Alfaro, utilizan como criterio de distinción los términos “presentes” y “ausentes” para distinguir entre las reglas que regirán el consentimiento dependiendo de la relación física que las partes guardan entre sí. Si se encuentran físicamente reunidos, el consentimiento se rige conforme a las reglas de los presentes. Y si no lo están, se regirán por las reglas de los ausentes.

La doctrina de Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel utiliza una terminología más moderna al referirse a las clasificaciones anteriores como “personas con posibilidad de mantener comunicación inmediata” y “entre personas sin posibilidad de mantener comunicación inmediata”. Esta terminología resulta más adecuada al entorno social actual, ya que hoy en día, debido a los avances tecnológicos, es posible que las personas que no se encuentran físicamente reunidas en un mismo lugar se encuentran posibilitadas de mantener una comunicación equiparable a la de si estuvieran reunidos. Esta es la terminología que se empleará en esta tesis por considerarse la más actual. Además, el artículo 1805 del Código Civil Federal, al regular la oferta hecha a una persona presente, expresa que lo mismo aplica para *“la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro*

medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y aceptación de ésta en forma inmediata”.

Como ya fue mencionado, cuando una persona propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, entonces el oferente quedará obligado a su oferta hasta que expire dicho plazo. Esto conforme al artículo 1804 del Código Civil Federal, que establece lo siguiente: *“Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.*

Entonces hay que determinar qué es lo que sucede cuando la oferta se realiza sin la fijación de un plazo. La ley contempla supuestos distintos cuando se realiza una oferta sin fijación de plazo ya sea entre personas con posibilidad de mantener comunicación inmediata, o bien, cuando no cuentan con esa posibilidad de mantener una comunicación inmediata.

1. Oferta sin fijación de plazo entre partes con posibilidad de mantener comunicación inmediata.

Como ya fue mencionado, el Código Civil regula de manera diferente a las ofertas sin fijación de plazo realizadas entre personas con posibilidad de mantener comunicación inmediata y a las que no. En cuanto a las primeras, debe de atenderse lo dispuesto por el artículo 1805 del Código Civil Federal:

“Artículo 1805.- Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La

misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

De los preceptos anteriormente citados se desprende lo siguiente. Si no existe plazo alguno para aceptar la oferta, y las partes tienen la posibilidad de mantener comunicación inmediata, entonces la aceptación debe de ser inmediatamente posterior a la oferta. En este último supuesto, si la aceptación no se hace de forma “inmediata”, entonces el oferente se encontrará desligado de la misma.

2. Oferta sin fijación de plazo entre partes sin posibilidad de mantener comunicación inmediata.

Las normas específicas que regulan la oferta y la aceptación entre partes sin posibilidad de mantener comunicación inmediata adquieren especial relevancia ya que son las aplicables a las contrataciones electrónicas. Los actos celebrados a través de correo electrónico se celebran entre partes que no mantienen una comunicación inmediata entre sí. Es cierto que la tecnología ha avanzado al grado de ser asequible una comunicación rápida entre las personas, pero esto no implica que este supuesto sea equiparable a si las personas se encuentran físicamente reunidas en el mismo lugar.

Por lo tanto, si no se fija un plazo, debe de atenderse a lo dispuesto por el artículo 1806 del Código Civil Federal:

“Artículo 1806.- Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.”

La ley establece que en caso de que no se fije plazo alguno, el oferente estará ligado a su oferta durante tres días después de hecha, más el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público. Este criterio, además de ambiguo, resulta obsoleto ya que hoy en día no se hace uso del correo público como medio de contratación. Habría que preguntarse si este artículo resulta aplicable a los contratos electrónicos.

Con el fin de no permanecer en un estado de incertidumbre, el criterio del artículo 1806 también debería de aplicar parcialmente a los contratos electrónicos. Debería de contarse el plazo de tres días para determinar el tiempo en el cual el oferente está ligado a su propuesta, sin contar el tiempo de la ida y venida del correo público, ya que es obsoleto e incierto. De esta manera, el oferente estaría obligado a su oferta por tres días.

Se podría argumentar también que el periodo de “ida y venida del correo público” del artículo 1806 puede utilizarse de manera análoga al correo electrónico. El concepto de “correo público” no se encuentra definido en la ley y podría interpretarse la palabra “correo” como un intercambio de mensajes y “público” como al acceso de todos. De esta manera, “correo electrónico” sería un correo público, y conforme al artículo 1806, cuando una oferta se haga sin fijación de plazo por correo electrónico, el oferente quedará ligado a ella durante tres días más el tiempo de ida y venida de dicho correo; que en el caso del correo electrónico es inmediato. De cualquier manera que se interprete, el artículo 1806 del

Código Civil Federal resulta ambiguo, por lo que se sugiere una reforma para que el problema de interpretación sea aclarado.

Sobre la oferta y aceptación realizada a través del telégrafo y medios electrónicos, el artículo 1811 del Código Civil Federal dispone lo siguiente:

“Artículo 1811.- La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.”

En primer lugar, hay que destacar que la ley no requiere que los contratantes estipulen previamente la validez del consentimiento manifestado a través de medios electrónicos. En segundo, específicamente en materia de telégrafos, la ley ordena que los telegramas cuenten con las firmas de los contratantes. Habría que preguntarse sobre la aplicabilidad del requisito de firma de los telegramas a los mensajes enviados por correo electrónico.

El segundo párrafo del artículo 1811, que se adicionó para contemplar otros medios tecnológicos distintos al telégrafo como medios para comunicar la oferta y la aceptación (incluyendo desde luego al correo electrónico), no mencionó nada respecto del requisito de la firma, por lo que podría debatirse sobre la aplicabilidad del primer párrafo a los contratos electrónicos en cuanto a que los mensajes de datos enviados por correo electrónico deberían contar con las firmas de los contratantes. El artículo menciona expresa y literalmente que el requisito de firma es para los telegramas, y debería de interpretarse de esta manera. De cualquier manera, este debate carece de relevancia porque, como se explorará en el

Capítulo II de esta tesis, un mensaje se presume enviado por el emisor (*firmado* electrónicamente por él) cuando proviene de su cuenta personal de correo electrónico.

Cuando las partes están en condiciones de mantener comunicación inmediata, entonces conforme a las reglas mencionadas, es fácil determinar el momento en que se forma el consentimiento: cuando el destinatario acepta la oferta. Esto es diferente en el caso en que las partes no se encuentren en posibilidad de mantener comunicación inmediata.

Si las partes no cuentan con esta posibilidad, entonces no resulta tan sencillo determinar cuándo se da la formación del consentimiento. Es decir, se dificulta la tarea de determinar cuándo efectivamente se puede decir que hay una aceptación de la oferta. Adquiere relevancia conocer el momento exacto en que se perfecciona el consentimiento para resolver diversas circunstancias como: si el oferente seguía obligado a sostener su ofrecimiento o no, la ley aplicable en caso de conflicto de leyes en el tiempo, la capacidad de las partes, el inicio del plazo o prescripción de acciones de nulidad o rescisión, fecha de transmisión de riesgos.

Para resolver este problema jurídico, la doctrina propone una serie de teorías sobre el momento en que se manifiesta el consentimiento: de la declaración, de la expedición, de la recepción, y de la información.

La teoría de la declaración sostiene que hay consentimiento cuando el destinatario exterioriza su aceptación, sin importar que haya realizado conductas que permitan que el oferente conozca de la misma. La doctrina considera que esta teoría se ajusta a la realidad

porque se dice que se da el consentimiento cuando efectivamente lo hay³¹. Pero la adopción de la teoría de la declaración puede traer problemas en la práctica ya que es difícil determinar desde cuándo hay contrato³². Es decir, si se atiende únicamente al momento en que hay aceptación, pero no conocimiento de ésta por parte del oferente, entonces cuándo sabría este último que verdaderamente existe un contrato.

La teoría de la expedición establece que hay consentimiento desde que el destinatario envía su aceptación al oferente³³. El punto débil de esta teoría es que no le interesa que el oferente haya recibido dicha aceptación o no, de manera similar a la teoría de la declaración.

La teoría de la recepción va un paso más allá y afirma que hay consentimiento cuando el oferente recibe la aceptación³⁴. Esta teoría parece solucionar el problema de la teoría de expedición ya que asegura que existe el contrato desde que se recibe la aceptación y no desde que se envía. Sin embargo, esta teoría presenta un problema distinto ya que, de acuerdo con ella, *“no es necesario que el oferente reciba personalmente la aceptación, ni que se entere de la misma, basta con que la aceptación sea recibida en su domicilio por él, sus familiares o dependientes”*³⁵. A la teoría de la recepción no le interesa que el oferente conozca de la aceptación, sino únicamente que la reciba. El consentimiento, en este caso, puede comprobarse con un acuse de recibo de la aceptación.

³¹ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 134.

³² Loc. Cit.

³³ Loc. Cit.

³⁴ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 134.

³⁵ Martínez Alfaro, Joaquín. **Teoría de las Obligaciones**. 13ª ed. México, Porrúa, 1989/2015, pág. 29.

La teoría de la información provee una solución al problema anterior y determina que hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación. Si bien este criterio parece ser el más “justo”, presenta algunos problemas en la práctica. Uno de estos es que resulta difícil determinar cuándo es que el oferente tiene verdadero conocimiento de la aceptación. Además, queda al arbitrio del oferente el conocer o no la aceptación, y mientras se abstenga de conocerla, no habrá contrato³⁶. Lo anterior desnaturaliza por completo la institución del consentimiento, ya que devuelve al oferente la posibilidad de que se entre o no en una relación jurídica, y no quedaría ligado realmente a su oferta.

Ahora bien, resulta claro que nuestra legislación adopta la teoría de la recepción en el artículo 1807 del Código Civil Federal: *“El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes”*³⁷.

El artículo 80 del Código de Comercio, materia de análisis del siguiente Capítulo, adopta también la teoría de recepción. Anteriormente seguía la teoría de la expedición, pero en mayo de 2000 fue reformado y la legislación mexicana adoptó de manera uniforme la teoría de la recepción³⁸.

Las teorías anteriores pueden servir de utilidad para interpretar cuándo se forma el consentimiento en los contratos electrónicos en el ámbito internacional, tema que será abordado en el siguiente apartado.

³⁶ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 134.

³⁷ En el Código Civil Federal, la excepción a lo anterior es el caso del contrato de donación. De acuerdo al artículo 2339, *“es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador”*. Por lo que se podría interpretar que sigue la teoría de la expedición (si se equipara la frase “hacer saber la aceptación al donador” a su envío), o bien, la de la información (si se interpreta como “hacerlo sabedor”, es decir, que es responsabilidad del donatario cerciorarse de que el donante se entere de su aceptación).

³⁸ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015, p. 134.

D. EL PROBLEMA DE LA FORMACIÓN
DEL CONSENTIMIENTO EN EL
ÁMBITO INTERNACIONAL.

El análisis del consentimiento efectuado en este capítulo favorece una visión más clara del problema jurídico. Hay consentimiento cuando existe la aceptación de una oferta. Las distintas teorías mencionadas permiten dar una respuesta de cuándo es que se considera realizada dicha aceptación. Cada ordenamiento jurídico adopta un sistema diferente y es ahí en donde yace el problema.

La tecnología permite que los actos jurídicos sean celebrados cuando las partes se encuentran en distintas partes del mundo. Si este es el caso, entonces habría que preguntarse cuál es el Derecho que debe de aplicarse a la formación del contrato, para entender cuándo es que se entiende como aceptada la oferta. La teoría seguida por el Código Civil Federal y el Código de Comercio (como en adelante se abordará) indica que hay consentimiento cuando la aceptación llega al oferente y este la recibe. Este es el momento en que queda claramente perfeccionado el contrato.

Sin embargo, no se ha contemplado en la legislación de manera directa el momento en que se considera que el contrato es perfeccionado cuando se trata de la celebración de actos entre partes que no tienen posibilidad de mantener una comunicación inmediata, y que además se encuentran en distintos Estados (países). Es decir, ¿qué es lo que sucede si se celebra un contrato por correo electrónico, pero las partes están físicamente en lugares distintos, en donde ambos se rigen por ordenamientos de Derecho distintos?

La legislación contempla los supuestos de hecho tecnológicos, pero no considera que la tecnología a su vez pueda traer como consecuencia un elemento de extranjería a la hora de celebrar actos jurídicos. Tales como el que los sujetos pertenezcan, se encuentren o se rijan por Estados (países) distintos.

Se mencionó ya que determinar el momento en que se tiene como realizada la aceptación es de especial relevancia. Esto porque el sistema jurídico mexicano permite que los oferentes puedan revocar su oferta siempre y cuando el destinatario reciba la revocación antes que la oferta (algo difícil de aplicar en la práctica cuando se trata de correo electrónico), pero este criterio puede ser distinto en el sistema jurídico de otro Estado, dependiendo de la teoría. Además, el conocer el momento a partir del cual existe el contrato faculta a las partes para exigir el cumplimiento de lo pactado. El momento de existencia de un contrato también permite determinar cuál es la ley aplicable en caso de un conflicto de leyes en el tiempo, y determinar el momento de transmisión de riesgos.

Para solucionar el problema planteado, es necesario estudiar tanto el Derecho sustantivo como el Derecho conflictual de los países en los que se encuentren las partes para determinar cuál es el sistema jurídico que ha de aplicarse. De esta manera, se podrá conocer en qué momento se entiende como formado el consentimiento.

Capítulo II

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL DERECHO MEXICANO

La legislación mexicana no ha dejado duda respecto a la validez de los actos celebrados a través de medios electrónicos. Como ya fue mencionado en el primer capítulo, el artículo 1803 del Código Civil Federal contempla a los medios electrónicos como una de las maneras de manifestar la voluntad expresamente a la hora de celebrar actos jurídicos. En materia mercantil, el Código de Comercio regula de manera especial a los convenios y contratos de comercio.

Para lograr una mejor comprensión del tema, es necesario primero definir qué es lo que se entiende por “contrato electrónico”. Posteriormente, se analizará la forma en que se manifiesta la voluntad en dichas contrataciones, específicamente en el derecho mercantil, así como si el requisito de “firma” para la voluntad manifestada por escrito, se tiene por cumplido con la llamada “firma electrónica”, y lo que se conoce como “Firma Electrónica Avanzada”.

A. CONCEPTO DE CONTRATO ELECTRÓNICO.

El Derecho Mexicano regula la posibilidad de que los particulares y los comerciantes celebren contratos a través de medios electrónicos. Se requiere del consentimiento de ambas partes sobre el objeto, y dicho consentimiento puede darse usando cualquier medio electrónico. La jurista Mariana López Varas define al contrato electrónico como *“cualquier convenio que produce o transfiere derechos y obligaciones, celebrado*

por medios electrónicos (sean o no de tratamiento y almacenamiento de datos), cuando éstos tienen, o pueden tener, una incidencia sobre la formación de la voluntad de los contratantes”³⁹.

A la luz de lo establecido por el Código Civil Federal, el Derecho Mexicano contempla a la contratación electrónica como una modalidad de manifestar la voluntad⁴⁰. Es un concepto amplio que va más allá del uso del Internet para celebrar contratos ya que la misma legislación establece que “medios electrónicos” incluye el uso de cualquier tecnología.

Para efecto de esta tesis, se entenderá como “contrato electrónico”, como ya se mencionó, a aquellos actos que han sido celebrados a través del uso del correo electrónico.

B. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.

El artículo 80 del Código de Comercio establece que los convenios y contratos mercantiles celebrados a través de medios electrónicos, quedan perfeccionados desde que se recibe la aceptación de la propuesta o las condiciones con que haya sido modificada. Esta norma sigue la teoría de la recepción.

El Código de Comercio regula el comercio electrónico en su Título Segundo, habiéndose adaptado a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el

³⁹ López Varas, Mariana. “Regulación Jurídica de la Contratación Electrónica en el Código Civil Federal”. Disponible en línea: Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios. <https://www.infoem.org.mx/sipoem/ipo_capacitacionComunicacion/pdf/pet_tesis_001_2009.pdf>

⁴⁰ Elías, Edgar. **La Contratación por Medios Electrónicos**. 2ª ed. México, Porrúa, 2005/2010, pág. 95.

Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico⁴¹. El artículo 89 contiene las definiciones de distintos conceptos relacionados al comercio electrónico. A continuación, se incluyen los más relevantes a efectos del presente escrito:

“Datos de Creación de Firma Electrónica: Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante.

Emisor: Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de Intermediario.

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio

Firmante: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa”.

Los contratos electrónicos, resultan de la manifestación de voluntad entre personas que no tienen posibilidad de comunicación inmediata. Por este motivo,

“la identificación del autor de la manifestación de la voluntad, esto es la autenticidad del mensaje, adquiere una relevancia especial. Los datos del buzón electrónico desde donde se ha enviado el mensaje proporcionan información sobre el titular del mismo, pero no sobre la persona que realmente ha enviado el mensaje desde dicho buzón. Para identificar al autor real de la comunicación electrónica, en la práctica, se suelen utilizar sistemas de passwords y el de la firma digital”⁴².

El artículo 90 del Código de Comercio establece los supuestos en los que se considerará que un Mensaje de Datos proviene del Emisor.

“Artículo 90.- Se presumirá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor si ha sido enviado:

⁴¹**Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. Naciones Unidas, 1996.** (Publicación: Diciembre 16, 1996). Disponible en línea: [UNCITRAL < https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.>](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.>)

⁴² Rojas Amandi, Víctor Manuel. “El Perfeccionamiento del Consentimiento en la Contratación Electrónica”. Disponible en línea: **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México**, Vol. 58, No. 249, 20008, (pág. 253-289), < <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61211/53953>> (Consulta: 1° de Nov., 2019).

I. Por el propio Emisor;

II. Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese Mensaje de Datos, o

III. Por un Sistema de Información programado por el Emisor o en su nombre para que opere automáticamente”.

En primer lugar, los Mensajes de Datos se deben de atribuir al Emisor, cuando es éste quien los envía. En segundo lugar, se atribuyen al Emisor los Mensajes que hayan sido enviados con su clave o contraseña, independientemente de si fue él quien los envió o no. En tercer lugar, se le atribuyen los Mensajes cuando se envía por una persona que se encuentre facultada para actuar en su nombre respecto a un Mensaje en particular. Y en cuarto lugar, se le atribuyen al Emisor los Mensajes enviados desde un Sistema de Información automático programado por él⁴³.

El artículo 91 del Código de Comercio establece los momentos en que se considerará que un Mensaje de Datos ha sido recibido, salvo pacto en contrario de las partes.

“Artículo 91.- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará como sigue:

I. Si el Destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;

II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos, o

III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de Información del Destinatario.

(...)”

⁴³ Loc. Cit.

Como ya fue mencionado, los contratos se forman cuando se perfecciona el consentimiento. El momento de recepción adquiere relevancia para determinar cuándo es que se celebra el contrato.

En cuanto a la forma y otros requisitos de los actos jurídicos en el contexto del comercio electrónico, el artículo 93 del Código de Comercio establece que cuando la ley exija la forma escrita para actos jurídicos, se entiende cumplido dicho requisito cuando se trate de Mensaje de Datos, *“siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.”* Además, si la ley exige la firma de las partes, *“dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes.”*

Hay que recordar que el artículo 90 del Código de Comercio establece los parámetros bajo los cuales se considerará que un Mensaje de Datos proviene de su emisor. Por ejemplo, un usuario de correo electrónico normalmente ingresa a su cuenta con el uso de una contraseña. Conforme a lo establecido por el Código de Comercio, se considerará que es el autor del Mensaje de Datos si éste proviene de la cuenta de dicho usuario. Sin embargo, en la práctica podrían presentarse problemas. Podría ser el caso de que una persona diferente utilice la cuenta de otro usuario para enviar un mensaje de correo electrónico. Se debería de contar con medios seguros, o que de alguna manera estén certificados, para confirmar la autoría de quien envía un Mensaje de Datos. La Ley de Firma Electrónica da una solución a este problema a través del uso de la “FIME”, pero como se expondrá más adelante, dicha Ley no es de aplicación general.

Sobre la inalterabilidad de los mensajes, ésta es difícil de comprobar. Las distintas aplicaciones tecnológicas que existen hoy en día obstaculizan la tarea de determinar qué es real y qué no lo es en la era del Internet. Por lo tanto, en los casos en que la importancia lo requiera, se recomienda documentar el envío del mensaje a través de un acta fehaciente.

En los casos en que la ley exija el otorgamiento del acto ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Para determinar el lugar de expedición y recepción de un Mensaje de Datos, debe de atenderse a lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Comercio. Es de relevancia esta determinación para determinar los tribunales competentes en caso de un litigio⁴⁴.

“Artículo 94.- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido en el lugar donde el Emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente artículo:

I. Si el Emisor o el Destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal, y

II. Si el Emisor o el Destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.”

El contrato se perfecciona cuando el oferente recibe la aceptación. Por lo tanto, en caso de que el aceptante de una oferta remita su aceptación al oferente a través de medios

⁴⁴ Rojas Amandi, Víctor Manuel. “El Perfeccionamiento del Consentimiento en la Contratación Electrónica”. Disponible en línea: **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México**, Vol. 58, No. 249, 20008, (pág. 253-289), <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61211/53953>> (Consulta: 1° de Nov., 2019).

electrónicos, entonces el contrato se entenderá celebrado en el lugar donde el oferente tenga su establecimiento. Carece entonces de relevancia el lugar en donde estén físicamente ubicados los sistemas de información de las partes, ya que pueden cambiar sin que ni una ni la otra tenga conocimiento de ello⁴⁵.

Además, el artículo 94 del Código de Comercio no resuelve el problema de determinar el lugar de celebración de los contratos. Únicamente identifica el lugar físico en el que se encuentran las partes, pero no indica cuál de los dos será el lugar de celebración del contrato.

C. LA “FIRMA DIGITAL” Y LA “FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA”.

La forma en que las personas normalmente manifiestan su voluntad de manera expresa y por escrito, es a través de la firma simple o autógrafa. De esta manera indican a la otra parte que se obligan a lo establecido en un contrato y que acepta las consecuencias jurídicas de celebrarlo. Tratándose de correos electrónicos, en donde las partes se encuentran en lugares físicamente distintos, las personas firman con una firma autógrafa digitalizada, y tiene los mismos efectos que una firme simple. Resulta práctico, y lógico, ya que es una de las maneras en que se puede manifestar la voluntad conforme al ya citado artículo 1803 del Código Civil Federal.

La legislación mexicana también ha adoptado la figura de la “Firma Electrónica Avanzada”; un concepto jurídico que se ha regulado tanto en el Código de Comercio como

⁴⁵ Loc. Cit.

en la Ley de Firma Electrónica Avanzada. Se incluye en este Capítulo ya que es otra de las maneras en que puede manifestarse la voluntad de manera expresa en el Derecho mexicano.

De acuerdo al artículo 1º, esta ley tiene como objeto regular:

“I. El uso de la firma electrónica avanzada en los actos previstos en esta Ley y la expedición de certificados digitales a personas físicas;

II. Los servicios relacionados con la firma electrónica avanzada, y

III. La homologación de la firma electrónica avanzada con las firmas electrónicas avanzadas reguladas por otros ordenamientos legales, en los términos establecidos en esta Ley.”

La Ley de Firma Electrónica Avanzada no es aplicable en los actos en que no sea factible el uso de la Firma Electrónica Avanzada, ya sea por disposición de ley o porque exista un dictamen previo de la Secretaría de la Función Pública, conforme al artículo 4 de la Ley. Tampoco es aplicable a las materias fiscal, aduanera y financiera. Los actos de comercio e inscripciones en el Registro Público de comercio se rigen conforme a lo expresado por el Código de Comercio y demás ordenamientos aplicables en la materia, *“sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en esta Ley en lo que resulte procedente.”* En cuanto a la materia administrativa, el artículo 5 de la Ley establece que la Secretaría de la Función Pública tendrá funciones para interpretar la ley.

La regulación de los Mensajes de Datos a través de las Firmas Electrónicas son de gran importancia ya que determinan la forma en que se celebran los contratos a través de medios electrónicos hoy en día.

La fracción XIII del artículo 2º de la Ley define “Firma Electrónica Avanzada” como:

“El conjunto de datos y caracteres que permite la identificación del firmante, que ha sido creada por medios electrónicos bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al

mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, la cual produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa.”

La firma electrónica puede ser utilizada en documentos electrónicos y en mensajes de datos. Los instrumentos otorgados a través de la firma electrónica, tienen los mismos efectos que los presentados con firma autógrafa, y tienen el mismo valor probatorio, conforme al artículo 7 de la Ley. Es decir, se equipara la validez de la firma simple con la de la Firma Electrónica Avanzada.

Los principios rectores que debe de atender una Firma Electrónica Avanzada son: la equivalencia funcional (satisface el requisito de firma como si fuera autógrafa), autenticidad (da certeza de que fue emitido por el firmante), integridad (el instrumento ha permanecido completo e inalterado), neutralidad tecnológica (la tecnología usada no va a favorecer a alguna tecnología en particular), no repudio (garantiza la autoría e integridad del documento y que corresponde exclusivamente al firmante), y confidencialidad (solamente puede ser cifrado por el firmante y el receptor).

El Código Civil Federal regula a los actos jurídicos en general. Establece que los contratos se perfeccionan una vez que existe consentimiento en el objeto del mismo. Dicho consentimiento puede darse a través de medios electrónicos.

A su vez, el Código de Comercio se expresa en el mismo sentido y regula el comercio electrónico en lo particular, atendiendo a la Ley Modelo de la CNUDMI. El Código contempla la posibilidad de que exista manifestación de voluntad en los Mensajes de Datos a través de medios electrónicos, mencionando a la firma electrónica en particular. Establece los momentos en que se considera que se encuentran celebrados los contratos y el

lugar de celebración, al tratarse de contratos entre partes que no tienen la posibilidad de mantener una comunicación inmediata. Asimismo, la Ley de Firma Electrónica Avanzada establece que dicha firma tiene la misma validez que una firma autógrafa y tiene la misma calidad probatoria.

Ahora bien, cabe destacar que una “firma digital” (“firma electrónica”) no es lo mismo a lo que la legislación ha definido como “Firma Electrónica Avanzada”. El primer concepto se refiere a una firma simple que ha sido digitalizada, o a cualquier método electrónico u óptico que implique por sí la voluntad expresa de su autor. Mientras que la Firma Electrónica Avanzada se consigue a través de un proceso de certificación de acuerdo a las disposiciones de la Ley de la Firma Electrónica Avanzada. Aunque el proceso de certificación no sea el mismo, esto no quiere decir que la Firma Electrónica Avanzada no tenga validez en otros países a la hora de celebrar actos jurídicos. Esto ya que la Firma Electrónica Avanzada es una manera más de manifestar la voluntad. Es decir, tiene la misma validez que una “firma simple” o autógrafa.

Capítulo III

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Derecho Español contempla una teoría del consentimiento distinta a la de la legislación española, como se expondrá a continuación. España regula de manera especial la contratación electrónica; que establece de manera expresa cuál es la legislación aplicable a este tipo de contratos. Estas diferencias permiten evidenciar la insuficiencia jurídica del sistema mexicano respecto a los correos electrónicos y su falta de adaptación a los nuevos medios de comunicación. Además, el sistema de normas conflictuales de la Unión Europea es muy completo la hora de dar una respuesta a cuál es el derecho aplicable. Este sistema puede servir de inspiración al Derecho Mexicano para reformar sus leyes.

La legislación de España debe de analizarse desde una perspectiva diferente por ser este país un Estado miembro de la Unión Europea. Al estudiar la normativa de dicho país, es necesario también el estudio de la normativa de la Unión en general. Para lograr una mejor comprensión del tema, se brindará una breve introducción al derecho de la Unión Europea. Posteriormente, se analizarán las normas de conflicto de derecho uniforme. Al tener una concepción clara de estos conceptos, entonces será procedente analizar la legislación española en materia de contratación electrónica.

A. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

España es un Estado miembro de la Unión Europea, por lo que debe de analizarse la legislación de dicha entidad como parte de la normativa aplicable al país español. Para esto,

es necesario estudiar cuáles son los actos jurídicos de la Unión Europea. Hay que remitirse entonces a lo dispuesto por el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que establece:

“Artículo 288 (antiguo artículo 249 TCE)

Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.”⁴⁶

Son varios los actos jurídicos que la Unión Europea puede emitir: los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones, y los dictámenes. En cuanto a la regulación de contratación electrónica, son de relevancia al tema las directivas y los reglamentos.

Las directivas, tal como establece el artículo 288 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, son actos que obligan a los Estados miembros a legislar de cierta manera sobre un tema. Los Estados son libres de elegir de qué manera se va a incorporar a su legislación nacional. Por lo tanto, las directivas no son vinculantes para los ciudadanos de los Estados miembros, sino que obligan a dichos Estados a transponer los objetivos de las directivas a su propia legislación.

El propósito de las directivas es *“la aproximación de las legislaciones”*⁴⁷ de los Estados miembros de la Unión Europea, a través de las cuales *“se pretenden eliminar*

⁴⁶ **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.** (Publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea: Mayo 30, 2010). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>

contradicciones entre las disposiciones legislativas y administrativas de los Estados miembros o suprimir paso a paso las diferencias, con el fin de que los Estados miembros se impongan en lo posible los mismos requisitos materiales”⁴⁸.

En otras palabras, las directivas no sustituyen las disposiciones del Derecho nacional de un país, sino que los Estados miembros “*están obligados a adecuar su legislación a la normativa de la Unión*”⁴⁹.

Los reglamentos de la Unión Europea son de aplicación para las personas físicas y morales de los Estados miembros de la Unión. A diferencia de las directivas, no es necesaria una transposición. Es decir, son por sí directamente aplicables y obligatorios en todos sus elementos.

B. NORMAS CONFLICTUALES DE DERECHO UNIFORME.

La validez de los contratos, por lo general, se analiza de acuerdo a la legislación aplicable a dicho instrumento. En el caso de contrataciones electrónicas, puede darse el supuesto de que dichos contratos sean de naturaleza internacional. Es decir, que exista un elemento de extranjería, como el que las partes tengan su establecimiento en lugares distintos, tal y como se ha mencionado a lo largo de esta tesis. Para obtener una respuesta a esta problemática, es necesario acudir a las normas de conflicto de un Estado, para determinar cuál es el derecho aplicable a cada contrato. Una vez identificado el derecho

⁴⁷ Borchartt, Klaus-Dieter. **El ABC del Derecho de la Unión Europea**. Luxemburgo, Unión Europea, 2015, p. 107.

⁴⁸ Loc. Cit.

⁴⁹ Borchartt, Klaus-Dieter. **El ABC del Derecho de la Unión Europea**. Luxemburgo, Unión Europea, 2015, p. 107.

aplicable, puede estudiarse a la luz de éste en qué momento se considera perfeccionado el consentimiento.

En el caso de la Unión Europea, el Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Reglamento Roma I) contiene las normas de conflicto que ayudan a determinar cuál es el derecho aplicable a los contratos civiles y mercantiles cuando exista un conflicto de leyes.

Los jueces de la Unión Europea son quienes aplican los reglamentos de la Unión. En el caso de España, por ser un Estado miembro, los jueces españoles aplicarían el Reglamento Roma I para determinar cuál es el Derecho aplicable en caso de conflicto de leyes en materia contractual. No es relevante que una de las partes contratantes no pertenezca a la Unión Europea, ya que son los jueces de la Unión los que aplican el reglamento. Es decir, si una de las partes tiene su establecimiento en México, pero conoce un juez español, entonces aplicaría el Reglamento Roma I para determinar cuál es el derecho aplicable.

Conforme al artículo 2 del Reglamento Roma I, no importa si las normas de conflicto que en él se encuentran conducen a un derecho de un Estado no miembro de la Unión Europea. De igual manera, será de aplicación dicho reglamento y el derecho que resulte de la norma de conflicto.

En materia conflictual, en primer lugar, el artículo 3 del Reglamento Roma I establece que las partes son libres de elegir cuál es el derecho aplicable a sus contratos. En

segundo lugar, el artículo 4 establece cuál es la ley aplicable a falta de elección de las partes:

“Artículo 3 Libertad de elección

- 1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.*
- 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.*
- 3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.*
- 4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.*
- 5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13.*

Artículo 4 Ley aplicable a falta de elección

- 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:*
 - a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;*
 - b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;*
 - c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;*
 - d) no obstante lo dispuesto en la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;*
 - e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;*
 - f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;*
 - g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;*

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.”⁵⁰

Por lo tanto, las reglas de conflicto del Reglamento Roma I llevan a la aplicación de un Derecho de la siguiente manera. En primer lugar, los contratos son regidos por la autonomía de la voluntad conflictual, es decir, el poder de las partes de elegir la legislación aplicable al contrato. En segundo lugar, a falta de elección de las partes, aplica la ley de la residencia habitual del vendedor, prestador de servicios, o la ley aplicable dependiendo del tipo de contrato del que se trate, conforme al apartado 1 del artículo 4. En tercer lugar, a falta de los criterios anteriores, es aplicable la ley de la residencia habitual del prestador característico. En cuarto lugar, y en defecto de los anteriores se aplica la ley de los vínculos más estrechos. Por último, el Reglamento Roma I incluye una “cláusula de cierre” al establecer que, aun teniendo una prestación característica, si las partes consideran que existe una ley aplicable más vinculada al contrato, entonces ésta será la aplicable.

Es importante destacar que el artículo 20 del Reglamento Roma I excluye el reenvío. Es decir que cuando el Reglamento remita a la ley de un país, debe de entenderse como tal las normas materiales y no las conflictuales de dicho Estado.

⁵⁰ **Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europea y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).** (Publicación: Junio 17, 2008). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>.

Además, para aplicar de manera correcta el Reglamento Roma I, hay que definir qué se entiende por “residencia habitual”. El artículo 19 de dicho ordenamiento proporciona una respuesta:

“Artículo 19

Residencia habitual

1. A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central.

La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar del establecimiento principal de dicha persona.

2. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado.

3. La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato.”⁵¹

Para personas morales, la residencia habitual no es el domicilio social, ni su nacionalidad o lugar de constitución, sino el lugar de su administración central. Para las personas físicas, es el lugar en donde ejerce su actividad profesional. La residencia habitual para efectos de un contrato, será la que sea en el momento de celebración del mismo.

La ley aplicable a la que dirija el Reglamento Roma I, rige el consentimiento y la validez del contrato del que se trate, conforme al artículo 10, apartado 1 de dicho ordenamiento:

“Artículo 10

Consentimiento y validez material

1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos.

2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no

⁵¹ **Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).** (Publicación: Junio 17, 2008). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>.

sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1.”⁵²

Por lo tanto, el derecho al que remita el Reglamento Roma I examinará el momento en que se considera que existe un contrato, al realizar una interpretación de las normas referentes al consentimiento.

C. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

1. Teoría general conforme al Código Civil Español.

Son diversos los instrumentos normativos que regulan el tema de contratación electrónica en España. En un primer plano, se encuentra la teoría general de las obligaciones, en el Código Civil de España. De forma especial, se encuentran el Código de Comercio de España y la Ley de Servicios de Sociedad de la Información, que surgió por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

El Código Civil de España es el ordenamiento que regula el consentimiento de los actos jurídicos en general, así como cuando se realiza a través de “medios automáticos”. También contempla las normas de derecho internacional privado, normas conflictuales, que determinan las reglas de aplicación de la normativa de dicho ordenamiento.

⁵² Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). (Publicación: Junio 17, 2008). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>.

El artículo 1262 del Código Civil de España regula el consentimiento como elemento esencial de los actos jurídicos. Establece lo siguiente:

“Artículo 1262.

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”*⁵³.

(Énfasis añadido).

La legislación española regula de manera general el consentimiento, y de manera específica en el caso de contratos celebrados mediante “dispositivos automáticos”.

Es necesario aclarar que la terminología “dispositivos automáticos” no aplica al correo electrónico. El vocablo “automático”, dicho de un mecanismo, quiere decir que *“funciona en todo o en parte por sí solo”*.⁵⁴ En materia de contratación, los dispositivos automáticos son un medio de sistema de información que programa un emisor para que opere automáticamente. Los contratos pueden

*“formarse, perfeccionarse y ejecutarse mediante la interacción exclusiva de dos dispositivos automáticos, uno actuando como oferente y el otro como aceptante; cada una de las declaraciones de voluntad producidas por ellos ha de encontrarse dentro de los parámetros de la programación establecida para cada uno de los agentes electrónicos que interactúan. En su actuación no existe intervalo de tiempo —jurídicamente relevante— transcurrido entre la oferta y la aceptación —sólo el tiempo para realizar las operaciones técnicas necesarias—, inmediatamente después de la propuesta contractual, si la información suministrada concuerda con los parámetros previamente establecidos, el agente electrónico destinatario la acepta en ese momento y el contrato se perfecciona; por lo tanto, el contrato ha concluido de forma instantánea.”*⁵⁵

⁵³ **Código Civil de España**. (Publicación: Julio 24, 1889). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>.

⁵⁴ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. 23ª ed. En avance. Disponible en línea: Autor <<http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=Qfs84bIhhDXX2UfhS8IB>>.

⁵⁵ Arias de Rincón, María Inés. “*Revista IUS*”. Junio, 2013. Disponible en línea: **SciELO**. Vol., No. 31 <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100006#notas>.

Por lo tanto, las disposiciones referentes a “dispositivos automáticos” no rigen a los contratos celebrados por correo electrónico.

Conforme a María Inés Arias de Rincón, abogada de la Universidad de Barcelona, España, la contratación celebrada a través de dispositivos automáticos es aquella celebrada con agentes inteligentes o electrónicos. Estos consisten en *“una aplicación de una programa informático cuya ejecución permite al ordenador actuar respondiendo de modo automático ante un determinado hecho”*; en otras palabras, es un *“programa de ordenador cuya aplicación permite responder de forma automática a mensajes electrónicos sin la intervención del titular del programa, si bien de su actuación derivan consecuencias jurídicas para este”*⁵⁶. En este orden de ideas, la contratación por correo electrónico no puede considerarse como celebrada a través de dispositivos automáticos, ya que forzosamente se requiere la intervención del emisor y receptor de los mensajes de datos. En pocas palabras, el intercambio de correos electrónicos no se hace de manera automática.

Conforme al artículo 1262 del Código Civil Español, hay consentimiento cuando hay concurso de oferta y aceptación sobre el objeto del contrato. Contempla el supuesto de que los contratantes se encuentren en lugares distintos, cuando las partes no pueden comunicarse de manera inmediata. **En este último supuesto, hay consentimiento desde que el oferente conoce de la aceptación o desde que habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla. Esta norma sigue la teoría de la información. Hay que destacar que este tipo de contratos, celebrados entre “no presentes”, se consideran celebrados en el lugar en que se hizo la oferta.**

⁵⁶ Obregón Siegmund, Gabriela., “La Perfección del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al caso de las páginas web”. **Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política**, Vol. 3, No. 2, 2012, (pág. 61-87).

2. Legislación especial en materia de contratación electrónica.

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos comerciales, el artículo 54 del Código de Comercio establece lo siguiente:

“Art. 54.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”⁵⁷.

Al igual que el Código Civil Español, el Código de Comercio de España sigue la teoría de la información. Esto quiere decir que el contrato se perfecciona cuando el oferente recibe y conoce el contenido de la aceptación.

Sobre el tema de contratación electrónica en particular, se encuentra la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Conforme a su artículo 1, tiene como objetivo *“contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.”⁵⁸*

⁵⁷ **Código de Comercio de España.** (Publicación: Octubre 24, 1885). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/1885/BOE-A-1885-6627-consolidado.pdf>>.

⁵⁸ **Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).** (Publicación: Junio 8, 2000). Disponible en línea: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=ES>>.

La Directiva sobre el comercio electrónico define “servicios de la sociedad de la información” haciendo una remisión a la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad y de la información. La Directiva 98/34/CE, en el apartado segundo de su artículo 1º define “servicios” como:

“2) «servicio», todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

A efectos de la presente definición, se entenderá por:

- «a distancia», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente;*
- «por vía electrónica», un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;*
- «a petición individual de un destinatario de servicios», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.*

En el anexo V figura una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esta definición.

La presente Directiva no será aplicable:

- a los servicios de radiodifusión sonora,*
- a los servicios de radiodifusión televisiva contemplados en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE (1).”⁵⁹*

Por lo tanto, la Directiva de comercio electrónico es aplicable a cualquier servicio, entendiéndose como tal, cualquier acto de comercio, que se realice a distancia y a través de medios electrónicos mediante la transmisión de datos. Y, conforme a su artículo 9, los Estados miembros de la Unión Europea deben de velar por que las legislaciones nacionales permitan la celebración de contratos por medios electrónicos.

⁵⁹ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. (Publicación: Junio 22, 1998). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0034:20130101:ES:PDF>>.

En el caso de España, para transponer los objetivos de la Directiva de comercio electrónico, se emitió la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (“LSSICE”). El objeto de la LSSICE es el siguiente:

“Artículo 1. Objeto.

1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

2. Las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia.”⁶⁰

Conforme al artículo 1, apartado 1 de la LSSICE, dicha ley tiene por objeto regular las contrataciones que se realicen vía electrónica, y la celebración de contratos electrónicos. El Anexo de Definiciones, apartado h) de la LSSICE define lo que considera como “contrato electrónico” o “contrato celebrado por vía electrónica”: *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”⁶¹*. El objeto y a la definición proporcionadas por la LSSICE encuadran en el supuesto de contratos celebrados por correo electrónico, por lo que es de aplicación al tema tratado por esta tesis.

Sobre la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, el artículo 23 de la LSSICE establece lo siguiente:

“Artículo 23. Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica.

1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

⁶⁰ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (Publicación: Julio 12, 2002). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>>.

⁶¹ Loc. Cit

Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones.

Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica.⁶²

(Énfasis añadido).

La LSSICE entonces remite al Código Civil y al Código de Comercio para determinar la eficacia y validez de los contratos electrónicos. Para determinar la ley aplicable, la LSSICE remite a las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, conforme al artículo 26:

“Artículo 26. Ley aplicable.

Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley.⁶³

(Énfasis añadido).

La LSSICE atribuye obligaciones al prestador de servicios de la sociedad de información en los casos de contratación electrónica, que en este caso sería el oferente.

“Artículo 27. Obligaciones previas a la contratación.

1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos:

a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.

⁶² Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (Publicación: Julio 12, 2002). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>>.

⁶³ Loc. Cit.

b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.

c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y

d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo.

Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.

2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o

b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.”⁶⁴

(Énfasis añadido).

Hay que destacar que, conforme al punto 3 del artículo 27 de la LSSICE, las ofertas realizadas a través de medios electrónicos son válidas siempre que permanezcan accesibles a los destinatarios de dicha oferta. Es decir, mientras que la oferta se encuentra en los medios electrónicos, entonces el oferente estará obligado a ella. A su vez, el artículo 28 de la LSSICE obliga a los oferentes a confirmar la recepción de la aceptación hecha por los destinatarios.

“Artículo 28. Información posterior a la celebración del contrato.

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

a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o

⁶⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (Publicación: Julio 12, 2002). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>>.

b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o

b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación”⁶⁵.

Para determinar cuál es el lugar de celebración de los contratos electrónicos, hay que atender a lo dispuesto por el artículo 29 de la LSSICE:

“Artículo 29. Lugar de celebración del contrato.

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.”⁶⁶

La LSSICE soluciona uno de los problemas que puede aparecer al momento de celebrar contratos a través de medios electrónicos. Determina el lugar de celebración de los contratos dependiendo si las partes son consumidores o empresarios (entendiéndose como comerciantes). Si una de las partes es un consumidor, el contrato se entenderá celebrado en el lugar donde éste tenga su residencia habitual. Pero si no hay consumidor en la relación

⁶⁵ **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.** (Publicación: Julio 12, 2002). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>>

⁶⁶ **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.** (Publicación: Julio 12, 2002). Disponible en línea: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>>

jurídica y si las partes no pactan nada sobre el lugar de celebración, entonces se presumirán celebrados en donde esté establecido el prestador de servicios.

Como lo establece la exposición de motivos de la LSSICE, el lugar de establecimiento del prestador de servicios es esencial ya que *“de él depende el ámbito de aplicación no sólo de esta Ley, sino de todas las demás disposiciones del ordenamiento español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen”*.

Capítulo IV

EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS CUANDO LAS PARTES SE ENCUENTRAN EN ESTADOS DISTINTOS: MÉXICO Y ESPAÑA

Una vez estudiado el Derecho sustantivo de ambos países, y el funcionamiento del Derecho Español como parte del derecho de la Unión Europea, es procedente el análisis para determinar el Derecho aplicable a los contratos. Más específicamente, a los contratos electrónicos en los que las partes se encuentran en Estados distintos, atendiendo el caso en específico de México y España. El conocer cuál es el Derecho aplicable al contrato, permite determinar la aplicación de las reglas del consentimiento, para conocer el momento en que se perfecciona dicho contrato.

Los sujetos que aplican las normas de conflicto, que conducen a la aplicación de un derecho conforme a un punto de contacto, son los jueces bajo su facultad jurisdiccional. En el derecho internacional privado, los jueces comúnmente utilizan las normas de conflicto de su propio país, es decir, la ley del foro.

Entonces, para atender la problemática que atiende esta tesis, es necesario plantear dos supuestos principales distintos. En un supuesto, una de las partes acudirá a los jueces mexicanos para que determinen cuál es el derecho aplicable al contrato que celebró por correo electrónico con una persona que se encuentra en un Estado distinto. En el segundo supuesto, será lo contrario, en donde la parte acudirá a los jueces españoles para determinar el derecho aplicable. Es decir, en uno de los supuestos el foro será México, y en el otro, España.

Es de gran importancia destacar que ambos ordenamientos jurídicos, tanto el mexicano como el español, establecen que el derecho que rige a los contratos, en primer lugar, es el derecho que estos hayan designado. Por lo tanto, las interrogantes y soluciones planteadas atienden el supuesto de lo que sucede si las partes no indican cuál es el derecho aplicable.

A. SUPUESTO EN EL QUE EL FORO ES
ESPAÑA.

Si el foro es España, el juez español utilizará las normas de conflicto españolas. En materia de obligaciones existen dos ordenamientos que contienen normas de conflicto: el Código Civil Español y el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales. Como ya fue mencionado, los Reglamentos de la Unión Europea son de aplicación obligatoria para los sujetos de los Estados Miembros. Al tratarse de normas conflictuales, es obligatoria para los jueces de la Unión Europea. Además, el Reglamento Roma I entró en vigor después que el Código Civil Español; y conforme al principio “norma posterior deroga a la anterior”, los jueces españoles aplican las reglas de conflicto del Reglamento Roma I, y no las del Código Civil Español.

El Reglamento Roma I excluye el reenvío en su artículo 20:

“Artículo 20 Exclusión del reenvío.

Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”⁶⁷.

Por lo tanto, el derecho al que envía el Reglamento Roma I debe entenderse únicamente como derecho material, y no conflictual.

Como ya fue adelantado en el Capítulo III de esta tesis, las normas de conflicto del Reglamento Roma I regulan a la ley aplicable de los contratos en el siguiente orden:

1. Los contratos son regidos por la autonomía de la voluntad conflictual.
2. A falta de elección de las partes, aplica la ley de la residencia habitual del vendedor, prestador de servicios, o la ley aplicable dependiendo del tipo de contrato del que se trate, conforme al artículo 4, apartado 1 de dicho Reglamento.
3. A falta de los criterios anteriores, es aplicable la ley de la residencia habitual del prestador característico.
4. En defecto de los anteriores se aplica la ley de los vínculos más estrechos.
5. Por último, el Reglamento Roma I incluye una “cláusula de cierre” al establecer que, aun teniendo una prestación característica, si las partes consideran que existe una ley aplicable más vinculada al contrato, entonces ésta será la aplicable.

Si las partes no eligieron una ley aplicable a su contrato, habría entonces que estar ante lo dispuesto por el artículo 4, apartado 1 del Reglamento Roma I. Dicho apartado

⁶⁷ Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). (Publicación: Junio 17, 2008). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>.

contempla cuál es el derecho aplicable dependiendo del tipo de contrato del que se trate. De manera ejemplificativa se utilizarán los contratos de compraventa de mercaderías, de franquicia y de prestación de servicios.

1. Contrato de compraventa.

Si se celebra un contrato de compraventa de mercaderías por correo electrónico, conforme al artículo 4, apartado 1, inciso a) del Reglamento Roma I, el contrato “*se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual*”⁶⁸.

Si el vendedor tiene su establecimiento (o administración central, en caso de ser persona moral) en México, y el comprador lo tiene en España, entonces se aplicará el derecho mexicano. Existe un tratado que ha sido suscrito por España y México sobre la compraventa internacional de mercaderías: la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en lo sucesivo, la Convención de Viena).⁶⁹ Al ser una norma especial por tratarse del supuesto específico de compra venta internacional de mercaderías, sería aplicable la Convención de Viena y no el Código de Comercio.

La Convención de Viena es aplicable, conforme a su artículo 1º, cuando los contratantes tienen sus establecimientos en Estados Contratantes distintos o cuando las normas de derecho internacional privado conduzcan a la aplicación de la ley de un Estado

⁶⁸ **Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).** (Publicación: Junio 17, 2008). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>.

⁶⁹ México se adhirió a la Convención el 29 de diciembre de 1987, fecha en que fue depositado el instrumento de adhesión ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. Fue promulgado el 17 de marzo de 1988 en el Diario Oficial de la Federación. Entró en vigor para ese Estado el 1 de enero de 1989. España se adhirió a la Convención el 24 de julio de 1990 y entró en vigor para ese Estado el 1 de agosto de 1991.

contratante. El supuesto en cuestión contempla que los contratantes tienen establecimientos en diferentes Estados, por lo que es de aplicación dicha Convención.

Los artículos 18, 23 y 24 de la Convención de Viena establecen lo siguiente respecto al consentimiento en los contratos de compra venta internacional de mercaderías:

“Artículo 18.

1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

Artículo 23

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Artículo 24

A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.”⁷⁰

(Énfasis añadido).

Conforme a los artículos transcritos, el contrato se entiende perfeccionado cuando surte efectos la aceptación de la oferta. La aceptación surte efectos en el momento en que el asentimiento llega al oferente. Se considera que “llega” al oferente cuando se le comunica

⁷⁰ **Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.** CNUDMI, Viena, Febrero 2010. Disponible en línea: CNUDMI < <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>.

verbalmente o cuando se le comunica por cualquier otro medio de manera personal. Esa mención “cualquier otro medio” incluye cualquier tipo de comunicación personal, por lo tanto debe de aplicarse también al supuesto del correo electrónico. De lo anterior se deduce que la Convención de Viena sigue la teoría de la recepción. En el caso del correo electrónico, el contrato se perfecciona desde el momento en que la aceptación llega al correo del oferente. Es a partir de este momento en que hay un contrato. Conforme a la Convención de Viena, no es necesario que el oferente conozca de la aceptación, únicamente que la reciba para que el contrato se entienda como perfeccionado.

Si el vendedor tiene su establecimiento (o administración central en caso de ser persona moral) en España, y el comprador en México; las reglas de conflicto del Reglamento Roma I remiten a la aplicación material del Derecho Español. Dado que el derecho material de España en materia de compra venta internacional de mercaderías es también la Convención de Viena, se obtendría el mismo resultado que el supuesto anterior. El contrato se perfeccionaría desde el momento en que la aceptación llegue al correo electrónico del oferente, sin importar que éste lo abra o no.

2. Contrato de franquicia.

Ahora, si se celebra un contrato de franquicia por correo electrónico, en donde el franquiciado tiene su residencia habitual en España y el franquiciador en México, el conflicto de leyes se resolvería de la siguiente manera. El juez español aplicaría las normas de conflicto del Reglamento Roma I, que conforme al artículo 4, apartado 1, inciso e), el

contrato se rige por la ley del país en donde el franquiciado⁷¹ tenga su residencia habitual, por lo que se debe de aplicar la legislación española.

El contrato de franquicia en España se encuentra regulado de manera especial por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero y por el artículo 62 de la Ley de Comercio Minorista 7/1966. Sin embargo, estos ordenamientos no regulan el consentimiento dentro de dichos contratos. Es por eso, que hay que aplicar de manera supletoria el Código Civil Español.

El Código Civil Español es supletorio a otras materias, como lo indica su artículo 4, que en su literalidad dispone:

“Artículo 4.

- 1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.*
- 2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.*
- 3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.”⁷²*

El sistema jurídico español es distinto al mexicano, ya que es su Código Civil el que determina la supletoriedad de otras materias; mientras que en México, cada ley determina qué ordenamientos serán supletorios en caso de que estos resulten ser insuficientes.

En este orden de ideas, entonces, al contrato de franquicia en el supuesto de que el franquiciado tenga su residencia habitual en España, debe de aplicársele el Código Civil Español. Sobre el consentimiento, el Código Civil Español atiende a la teoría de la

⁷¹Se utiliza el término “franquiciado” en España y “franquiciatario” en México.

⁷² **Código Civil de España.** (Publicación: Julio 24, 1889). Disponible en línea: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>

información, ya que establece que en el caso de los “no presentes”, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, por lo que sigue la teoría de la información.

Por el otro lado, si se celebra un contrato de franquicia por correo electrónico, en donde el franquiciado tiene su residencia habitual en México y el franquiciador en España, el conflicto de leyes se resolvería del siguiente modo. El juez español aplicaría las normas de conflicto del Reglamento Roma I, que conforme al artículo 4, apartado 1, inciso e), el contrato se rige por la residencia habitual del país en donde el franquiciado tenga su residencia habitual, que en este caso por ser México, se aplicaría la legislación material mexicana.

El contrato de franquicia en México se encuentra regulado por el Capítulo VI de la Ley de la Propiedad Industrial. Sin embargo, dicho ordenamiento no contempla los supuestos de perfeccionamiento de los contratos. Por lo tanto, habría que acudir a una legislación supletoria. El problema yace en que la Ley de la Propiedad Industrial no hace ninguna remisión a otra legislación, en cuanto a la materia sustantiva.⁷³

Podría aplicarse el Código de Comercio, ya que el contrato de franquicia implica una especulación comercial y es un acto de comercio. Pero podría aplicarse también el Código Civil Federal, por ser el ordenamiento que regula la teoría general de las obligaciones. La Ley no es clara al respecto y no indica cuál es el ordenamiento que debe de suplir. De cualquier manera, tanto el Código de Comercio, como el Código Civil Federal adoptan la teoría de la recepción en materia de perfeccionamiento de los contratos. Hay consentimiento, y por lo tanto contrato, cuando el oferente recibe la aceptación. Aplicado al

⁷³ La Ley de la Propiedad Industrial hace una remisión a la Ley Federal del Procedimiento Administrativo para los procedimientos de dicha materia. Pero no indica cuál es la ley supletoria en cuanto a los elementos de los actos jurídicos que dicha Ley contempla.

correo electrónico: desde que la parte que hizo la oferta recibe el correo electrónico en donde el destinatario plasmó su aceptación, hay contrato de franquicia.

3. Contrato de prestación de servicios.

Si se celebra por correo electrónico, un contrato de prestación de servicios en donde el prestador de servicio tiene su residencia habitual en España y el prestatario en México; los jueces españoles aplicarían el Reglamento Roma I, cuyo artículo 4, apartado 1, inciso b), que indica que es aplicable la *“ley del país donde el prestador de servicios tenga su residencia habitual”*⁷⁴. En este supuesto, es aplicable la ley material española.

Como ya fue mencionado en el Capítulo III de esta tesis, la LSSICE, la legislación especial en materia de prestación de servicios por medios electrónicos en España, remite al Código Civil Español y al Código de Comercio Español para interpretar la validez y la eficacia de los contratos. Ambos códigos adoptan la teoría de la información. Esto quiere decir que hay contrato hasta que el oferente recibe el correo electrónico que contiene la aceptación y además lo lee.

Por el otro lado, hay que explorar el supuesto en el que se celebre un contrato electrónico de prestación de servicios en el que el prestador de servicios tiene su residencia habitual en México y el prestatario en España. Conforme a la norma de conflicto del Reglamento Roma I, se aplica el Derecho Mexicano por ser el de la residencia habitual del prestador de servicios.

⁷⁴ **Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).** (Publicación: Junio 17, 2008). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>.

El contrato de prestación de servicios es materia civil en México, por lo que es aplicable lo dispuesto en el Código Civil Federal. Dicho ordenamiento adopta la teoría de la recepción, por lo que hay consentimiento, y por ende contrato, desde el momento en que el oferente reciba la aceptación de la otra parte, sin importar que la lea o no.

B. SUPUESTO EN EL QUE EL FORO ES MÉXICO.

Si el foro es México, los jueces mexicanos naturalmente aplicarán las normas de conflicto mexicanas. En México, el Código Civil es el ordenamiento que provee las normas conflictuales. Sobre el reenvío, el artículo 14, fracción II del Código Civil Federal establece lo siguiente:

“Artículo 14.- En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: (...) II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;”

La regla general indica que el reenvío no está permitido en el Derecho Mexicano. A su vez, el artículo 13 establece las siguientes normas de conflicto:

“Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y

distintos sin posibilidad de mantener una comunicación inmediata; por lo que se está ante una laguna jurídica.

El Código Civil Federal establece lo siguiente en caso de conflicto de derechos:

“Artículo 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.”

Conforme a este artículo, las normas deben de interpretarse a favor de la parte a la que se le cause menos conflicto. Pero esa disposición no da una respuesta real a la problemática de determinar el derecho aplicable a los contratos celebrados por correo electrónico para identificar el momento de su perfeccionamiento.

Al existir una laguna jurídica, hay que aportar una respuesta utilizando la analogía, y de no ser posible, los principios generales de derecho. Dado que intentar hacer una analogía sobre el “lugar de celebración” de los contratos implicaría mucha incertidumbre e inseguridad jurídica, es necesario remitirse a los principios generales del derecho.

Para dar una solución a la rigidez de la regla de conflicto, puede emplearse el “principio de los vínculos más estrechos”, que establece que será aplicable el derecho que tenga una relación más estrecha entre ellas. Por ejemplo, si se trata de una relación jurídica en donde el prestador de servicios tiene su domicilio en España, el prestatario lo tiene en México y el servicio será prestado en España; entonces tiene sentido que se aplique el Derecho Español, ya que es el ordenamiento jurídico que tiene mayor proximidad o vínculos fácticos o jurídicos más significativos. Cada caso tendría que ser analizado para determinar cuál es el Derecho con el que el contrato tiene el vínculo más estrecho. Podría

ser el caso de que exista otro elemento de extranjería, y el problema debería de ser resuelto de esta manera. Lo mismo sucedería en el caso de contrato de franquicia; el juez mexicano tendría que determinar cuál es el Derecho con el que el contrato tiene la relación más estrecha, y conforme a ese Derecho determinar el momento en el que se entiende que se encuentra perfeccionado el contrato.

En el caso de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, la determinación del derecho aplicable resulta más sencilla, ya que tanto México como España son partes contratantes de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y por lo tanto, es aplicable este ordenamiento. Tal como se mencionó en el apartado anterior, la Convención atiende la teoría de la recepción. Por lo tanto, el contrato electrónico se perfecciona cuando la aceptación llega al oferente.

C. CRÍTICA Y PROPUESTA AL SISTEMA MEXICANO.

La regulación mexicana sobre contratación a través de medios tecnológicos, como el correo electrónico, no es suficiente ni clara. Esto, a pesar de que han pasado décadas desde la creación de este medio de comunicación.

Las normas de conflicto mexicanas conducen a la legislación del “lugar de celebración” del contrato para calificar la eficacia de su formación. Sin embargo, el Derecho mexicano no contempla cuál es éste en el supuesto de que se celebren a través de

la tecnología. Aunque se pretende dar una respuesta a través de la aplicación de principios generales de Derecho, los particulares deberían de tener certeza jurídica sobre cuál es el Derecho aplicable a sus contratos.

La legislación mexicana debería de contemplar este supuesto. Como se probó en los capítulos anteriores, tanto el Derecho español como el mexicano tienen teorías de consentimiento diferentes cuando las partes se encuentran sin posibilidad de mantener una comunicación inmediata. Es muy diferente que un contrato se entienda como celebrado cuando el oferente recibe la aceptación a cuando conoce la aceptación.

En consecuencia de lo anterior, se propone una reforma al Código Civil, para que éste regule cuál es el lugar de celebración de los contratos cuando se celebran a través de medios tecnológicos. En este tipo de casos, se recomienda que la regla general establezca que el lugar de celebración de los contratos sea en la residencia habitual del prestador característico. Por ejemplo, si se trata de una compraventa, en la residencia del vendedor; o si se trata de prestación de servicios, en la residencia del prestador de servicios. La excepción sería el caso de los inmuebles, en donde el lugar de celebración siempre será el lugar en donde se encuentre ubicado el inmueble. Es el criterio que utiliza el Reglamento Roma I de la Unión Europea, y que como ya se exploró, conduce a respuestas más claras que a las que llevan las normas conflictuales mexicanas actuales.

Esto solucionaría la laguna jurídica sobre el lugar de celebración de los contratos electrónicos internacionales, y les daría seguridad jurídica a las personas que quieran contratar a través del uso del correo electrónico, y cuya contraparte se encuentre en un Estado distinto.

CONCLUSIÓN

En esta tesis se realizó un estudio de Derecho comparado entre México y España para determinar el momento en que se tienen como perfeccionados los contratos celebrados a través del correo electrónico, cuando las partes se encuentran físicamente en Estados distintos.

La teoría general de las obligaciones establece que hay consentimiento cuando concurren la oferta y la aceptación. Se puede dar el supuesto de que los contratantes no fijen un plazo para aceptar y no se encuentren en posibilidad de mantener una comunicación inmediata. La doctrina propone una serie de teorías para dar solución a este problema: de la declaración, de la expedición, de la recepción y de la información.

El sistema jurídico mexicano se adhiere a la teoría de la recepción e indica que hay consentimiento, y por lo tanto contrato, cuando el oferente recibe la aceptación.

Por el otro lado, el sistema jurídico español sigue la teoría de la información. Dicha teoría sostiene que además de recibir la aceptación, el oferente debe de conocerla. Es decir, no basta con que a su bandeja de entrada llegue un correo electrónico que contenga la aceptación; es necesario que abra dicho correo y conozca su contenido.

En el Derecho Español (y dada la naturaleza uniforme del Reglamento Roma I, en el resto de la Unión Europea) se contempla una diversidad de soluciones jurídicas para determinar cuál es el derecho aplicable a la relación contractual. Pero, la aplicación de estas normas de conflicto conducen a respuestas claras sobre cuál es el derecho que va a regir la validez y la existencia del contrato electrónico internacional si las partes no lo pactan. Esta

es, la residencia del prestador característico; en materia de esta tesis, ya sea España o México.

En contraposición, la legislación mexicana es oscura e irregular. Esto ya que conlleva a la aplicación de la ley del lugar de celebración del contrato; concepto que no está definido en el caso de celebración de contratos electrónicos internacionales. Por lo tanto, se propone regular dicha figura de manera que el lugar de celebración de los contratos, en el supuesto de que las partes no se encuentren en posibilidad de mantener una comunicación inmediata, sea el de la residencia habitual del prestador característico. Y en el caso de inmuebles, siempre será en donde esté ubicado el inmueble.

BIBLIOGRAFÍA

A. DOCTRINA.

Arias de Rincón, María Inés. “*Revista IUS*”. Junio, 2013. Disponible en línea: **SciELO**. Vol., No. 31 <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100006#notas>.

Autor. “*Código Civil Federal (Comentado)*”. Disponible en línea: **Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3276/4.pdf>>.

Azúa Reyes, Sergio T. **Teoría General de las Obligaciones**. 5ª ed. México, Porrúa, 1993/2012.

Borchardt, Klaus-Dieter. **El ABC del Derecho de la Unión Europea**. Luxemburgo, Unión Europea, 2015.

Elías, Edgar. **La Contratación por Medios Electrónicos**. 2ª ed. México, Porrúa, 2005/2010.

Gutiérrez y González, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**. 7ª ed. México, Porrúa, 1961/2010.

López Varas, Mariana. “*Regulación Jurídica de la Contratación Electrónica en el Código Civil Federal*”. Disponible en línea: **Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios**. <https://www.infoem.org.mx/sipoem/ipo_capacitacionComunicacion/pdf/pet_tesis_001_2009.pdf>

Martínez Alfaro, Joaquín. **Teoría de las Obligaciones**. 13ª ed. México, Porrúa, 1989/2015.

Obregón Siegmund, Gabriela. “*La Perfección del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al caso de las páginas web*”. **Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política**, Vol. 3, No. 2, 2012, (pág. 61-87).

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. 23ª ed. En avance. Disponible en línea: Autor <<http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=Qfs84bIhhDXX2UfhS8lB>> (Consulta: 1º de Nov., 2019).

Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel. **Tratado Teórico Práctico de Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2015.

Robles Farías, Diego. **Teoría General de la Obligaciones**. 3ª reimpr. Oxford, México, 2011/2015.

Rojas Amandi, Víctor Manuel. “El perfeccionamiento del Consentimiento en la Contratación Electrónica”. Disponible en línea: **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México**, Vol. 58, No. 249, 20008, (pág. 253-289), <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61211/53953>> (Consulta: 1º de Nov., 2019).

B. LEGISLACIÓN.

Código Civil Federal. (D.O.F. 31 de Ago., 1928/3 de Junio, 2019).

Código de Comercio. (D.O.F 13 de Dic., 1889/ 28 de Mayo, 2018).

Ley de la Firma Electrónica Avanzada. (D.O. 11 de Enero, 2012).

C. JURISPRUDENCIA.

Contratos negociaciones o tratos preliminares en éstos. Tesis aislada. Amparo directo. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Clave I.6o.C.363 C. (SJF y su Gaceta: 9ª época, Tomo XXII, Sept., 2005, pág. 1436). Disponible en línea: SCJN <<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/177/177335.pdf>> Registro 177335. (Consulta: 10 de Nov., 2019).

Derecho extranjero. La validez del acto jurídico que surtirá efectos en México, debe analizarse conforma a la ley del lugar de celebración del acto. Tesis aislada. Amparo directo. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Clave I.3o.C.262 C. (SJF y su Gaceta: 9ª época, Tomo XIV, Oct., 2001, pág. 1113). Disponible en línea: SCJN <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8fcfd&Apendice=1000000000000&Expresion=%2522lugar%2520de%2520celebraci%25C3%25B3n%2522&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=18&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=188619&Hit=7&IDs=2011326,2004204,163866,173813,175657,180816,188619,197329,200812,200649,203379,207945,215101,226374,248594,328609,329639,816076&tipoTesis=&Semanaio=0&tabla=&Referencia=&Tema=pdf> Registro 188619. (Consulta: 10 de Nov., 2019).

D. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

Código Civil de España. (Publicación: Julio 24, 1889). Disponible en línea: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>.

Código de Comercio de España. (Publicación: Octubre 24, 1885). Disponible en línea: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1885/BOE-A-1885-6627-consolidado.pdf>>.

Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. CNUDMI, Viena, Febrero 2010. Disponible en línea: <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>.

Directiva 98/34/CE del Parlamento Europea y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. (Publicación: Junio 22, 1998). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0034:20130101:ES:PDF>>

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europea y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). (Publicación: Junio 8, 2000). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=ES>>.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (Publicación: Julio 12, 2002). Disponible en línea: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>>.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. Naciones Unidas, 1996. (Publicación: Diciembre 16, 1996). Disponible en línea: *UNCITRAL* <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.>.

Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europea y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). (Publicación: Junio 17, 2008). Disponible en línea: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (Publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea: Mayo 30, 2010). Disponible en línea: <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>.