



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN
EN CIVIL Y COMERCIAL**

**EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS
ELECTRÓNICOS Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN
DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL
CONSUMIDOR**

**Tesis presentada para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con Mención en Civil y
Comercial**

PRESENTADA POR:

Abg. Joseph Max Grosso Muguerza.

LAMBAYEQUE – PERÚ - 2017

El derecho de desistimiento en los contratos electrónicos y su regulación en la legislación del Código de Protección y Defensa del Consumidor

AUTOR: Abg. Joseph Max Grosso Muguerza

ASESOR: Dr. Manuel Bermúdez Tapia

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRO en Derecho con Mención en Civil y Comercial.

APROBADO POR:

Presidente del Jurado:

Secretario del Jurado:

Vocal del Jurado:

Mayo, 2017

DEDICATORIA

El presente trabajo es dedicado a Dios Todopoderoso, a mi madre, a mi esposa y a mi hijo, a los estudiantes de derecho del pre y post grado de las Universidades Nacionales e Internacionales, y a los estudiantes de las ciencias humanas en general, que deseen ahondar en el tema de los contratos electrónicos, tan frecuentes en la realidad social de hoy en día.

AGRADECIMIENTOS

En primer término, a Dios Todopoderoso, creador del cielo y de la tierra, y nuestro Señor, quien nos da las fuerzas para hacer las cosas, y seguir adelante en lo que nos propongamos, afrontando las dificultades.

A mi madre, la señora ingeniero, magister y doctora Margarita Muguerza García, a quien debo en gran parte, la culminación de esta obra, por su apoyo y empuje anímico constante en este trabajo, y en gran parte de mi vida.

A mi esposa, la bachiller en administración de empresas Gloria Ocas, por su apoyo y empuje en los momentos de desánimo y dudas que existieron en el desarrollo de la presente investigación, y en nuestras vidas.

A mi hijo Joseph Israel, a quien deseo y auguró muchos éxitos personales y profesionales, comenzando por su infancia, niñez, adolescencia, juventud, y en la vida misma.

A mi profesor y asesor de tesis, doctor Manuel Bermúdez Tapia, por su apoyo y atención constante y desinteresada.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTOS	4
TABLA DE CONTENIDOS	5
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	17
1.1. Ubicación	18
1.2. Cómo surge el problema. Es una descripción del objeto de estudio, tendido en cuenta su evolución histórica y las tendencias que presenta	19
1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene. Se describe la realización empírica del objeto de estudio	20
1.4. Descripción detallada la metodología empleada de manera tal que el lector interesado pueda repetir el experimento o el proceso y llegar a los mismos resultados.	21
1.4.1. Método:	21
1.4.2. Tipo de Investigación:	22
1.4.3. Diseño de investigación:	22
1.4.4. Tipo de análisis:	22
1.4.5. Forma De Tratamiento De Los Datos:	23
1.5. Análisis de las variables.	23
1.6. Diseño de contrastación de la hipótesis.	24
1.7. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	25
1.7.1. Materiales.....	25
1.7.2. Técnica-Instrumento.....	26
1.8. Métodos Y Procedimientos Para La Recolección De Datos.	27
1.9. Análisis Estadísticos De Los Datos.	28
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	29
PARTE I	30
CAPÍTULO I: DERECHO DE DESISTIMIENTO.....	30
1.1. DERECHO DE DESISTIMIENTO	30
1.1.1. Conceptos	30
1.1.2. Dimensiones	31
1.1.2.1. Antecedentes y fundamento del derecho de desistimiento.....	31
1.1.2.2. Caracterización del derecho de desistimiento en el CFR: plazo y obligación de informar del empresario.....	38
1.1.2.3. Los efectos del desistimiento: la extinción del contrato, costes económicos y obligación de restitución	44

1.1.3. Legislación comparada	47
PARTE II	49
CAPÍTULO I: CONTRATOS ELECTRÓNICOS.....	49
1.1. CONTRATOS ELECTRÓNICOS	49
1.1.1. Definiciones.....	49
1.1.2. Dimensiones	50
1.1.2.1. Por su forma de ejecución	50
1.1.2.2. Por la emisión de las declaraciones	50
1.1.2.3. Por los sujetos que son parte del contrato electrónico	51
1.1.2.4. Por el objeto del contrato: depende de lo que se venda o el servicio que se preste. ...	52
1.1.2.5. ¿Qué contenido tiene el contrato electrónico?	52
1.1.3. Legislación comparada	52
CAPÍTULO II: HISTORIA DE LA CONTRATACION ELECTRONICA	57
2.1. Historia	57
2.2. Legislación aplicable a la contratación electrónica	60
2.3. Ley sobre mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela	65
2.3.1. Principio de neutralidad tecnológica.....	66
2.3.2. Principio de equivalencia funcional	68
2.4. Las firmas electrónicas en relación con las firmas autógrafas.....	70
2.5. Mensajes de datos en relación con los documentos	71
2.6. Principio de la autonomía de la voluntad de las partes.....	71
2.6.1. No modificación del derecho	72
2.7. El Contrato Electrónico	72
2.7.1. Elementos del contrato electrónico	73
2.7.2. El objeto	75
2.7.3. La causa.....	75
2.7.4. El consentimiento.....	76
2.8. Los mensajes de datos.....	77
2.8.1. Los mensajes de datos como medio de manifestación del consentimiento	78
2.8.2. Los mensajes de datos como documentos	80
2.8.3. Mensajes de datos con relación a los documentos en materia probatoria	82
2.8.4. Mensajes de datos con relación al cumplimiento de formalidades.....	82
2.8.5. Mensajes de datos con relación a los documentos en cuanto a la privacidad	83
2.9. Cumplimiento de formalidades en contrataciones electrónicas	83
2.10. La oferta electrónica	86
2.11. La Firma Electrónica.....	88
2.11.1. Certificado electrónica.....	90
2.11.2. Proveedor de servicios de certificación	92

2.11.3. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica	94
2.12. Valor Probatorio de los Mensajes de Datos	96
2.12.1. El mensaje de datos hace plena prueba	96
2.12.2. El mensaje de datos constituye un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.	98
2.12.3. Otra valoración.....	100
CAPITULO III: ANALISIS Y DISCUCION DE LOS RESULTADOS O LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS	
3.1 Resultados.....	102
3.2. Desarrollo de los objetivos de la investigación	114
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
4.1 Conclusiones	121
4.2. Recomendaciones.....	122
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad Regular el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos en la legislación del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Se justifica porque busca regular el Derecho de Desistimiento de los Contratos Electrónicos en el Perú. Para que el consumidor usuario tenga la oportunidad de hacer valer sus derechos y aplicar el principio de oportunidad ante la adversidad de empresas abusivas que mediante los contratos electrónicos no manifiesten la verdad, la cual viene a mostrar la realidad de las cosas, en otras palabras no enseñan las verdades ventajas y desventajas de sus productos y mucho menos indican al usuario los derechos que le atañe como consumidor.

Con respecto a la metodología se empleó la indagación cuantitativa y descriptiva con un diseño no experimental, teniendo como técnica la encuesta y el análisis documental, jurídico e histórico y como instrumento el cuestionario, dirigido a los operadores del derecho cuya muestra es de 120 abogados, como resultado de ello se encontraron las siguientes apreciaciones: Primero: Entre las figuras jurídicas que influyen en los contratos electrónicos en contra de los consumidores, el cual vulnera sus derechos al no estar regulado por la ley N° 29571 son: Desequilibrio contractual, el derecho potestativo y el derecho de revocación, derechos trascendentales no sólo para el consumidor, sino también para el proveedor, que tiene el derecho de desistir de vender un producto o servicio. Segundo: Gracias a la propuesta de un Proyecto de Ley, donde se implementa el Artículo 1.- Derechos de los consumidores de la Ley N° 29571, se puede regular el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos en el Perú, evitando así el desequilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios en los mencionados contratos.

Palabras claves: Consumidor, proveedor, contratos electrónicos, derecho de desistimiento.

ABSTRACT

This research aims to regulate the right of withdrawal in electronic contracts in the legislation of the Consumer Protection and Protection Code. It is justified Why it seeks to Regulate the Right of Withdrawal of Electronic Contracts in Peru. So that the consumer user has the opportunity to assert their rights and apply the principle of opportunity to the adversity of abusive companies that through electronic contracts does not manifest the truth that comes to do as they are things, in other words do not teach the Truths advantages and disadvantages of their products and much less tell the user the rights that concern him as a consumer.

With respect to the methodology, quantitative and descriptive inquiry was used with a non-experimental design, having as a technique the survey and the documentary, legal and historical analysis and as instrument the questionnaire, aimed at legal operators whose sample is 120 lawyers, As a result of which the following findings were found: First: Among the legal figures that influence electronic contracts against consumers, which infringes their rights to not being regulated by law No. 29571 are: Contractual imbalance, the right of choice And the right of revocation, very transcendental rights not only for the consumer, but also for the supplier who has the right to desist from selling a product or service. Second: Thanks to the proposal of a Bill, where Article 1 is implemented. - Consumer rights of Law No. 29571, can regulate the right of withdrawal in Electronic contracts in Peru, thus avoiding the contractual imbalance Between consumer and supplier of goods or services in the aforementioned contracts.

Key words: Consumer, supplier, electronic contracts, right of withdrawal.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se intitula: “El derecho de desistimiento en los contratos electrónicos y su regulación en la legislación del Código de Protección y Defensa del Consumidor”, para efectos de esta investigación se procederá a describir trabajos previos o antecedentes de estudio relacionados a la problemática que se está desarrollando:

Con respecto a los trabajos previos tenemos en el ámbito internacional a Tonk (2012) en su tesis titulada “Análisis del derecho a retracto en la ley de protección de los derechos de los consumidores, N° 19.496, para los casos de contratación electrónica, y su regulación en derecho comparado”, en su objetivo tenemos que en los últimos años el derecho del consumidor ha ido adquiriendo una creciente importancia. Sin duda, lo anterior se ha visto reflejado en nuestra realidad nacional, en especial si se consideran los acontecimientos que han venido afectando a los consumidores en los últimos años en nuestro país.

Es por dicha razón que el Derecho del Consumidor representa un ámbito del Derecho que está llamado a tomar un rol protagónico, como uno de los medios por los cuales el Estado debe regular las relaciones que se dan en el mercado, específicamente entre los consumidores y proveedores, de forma de procurar evitar situaciones de abuso por parte de estos últimos.

Es en base a lo ya dicho que se considera que un punto de gran desarrollo en los últimos años ha sido el tema de la contratación electrónica, esto debido al creciente desarrollo e importancia que dicha área ha adquirido.

Por dicha razón, la Ley N° 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores, se ha visto en la necesidad de establecer deberes y derechos, tanto para los consumidores como para los proveedores, como forma de regular esta

nueva área de desarrollo del comercio, de manera de poder asegurar un nivel de protección adecuada para la parte más débil de la relación de consumo, los consumidores, ya que ellos no se encontrarían en condiciones de igualdad al verse enfrentados a los proveedores de bienes o servicios, debido a las asimetrías existentes en el mercado, obligando de esta forma a la intervención del Estado en dicha materia, de modo de asegurar en apropiado equilibrio entre las partes, sin que por ello se pongan trabas al desarrollo de la actividad comercial.

Es precisamente dentro del ámbito de la contratación electrónica en donde se centrará el análisis que se realizará en el presente trabajo, específicamente en el llamado derecho a retracto que se contempla para los casos de contratación electrónica, derecho previsto justamente por la especiales características y desafíos que dicho proceso de contratación conlleva, como lo es la imposibilidad del consumidor de poder apreciar de forma directa el bien o servicio sobre el cual se realiza dicho proceso de contratación.

Este derecho a retracto se encuentra recogido en la LPDC, dando a los consumidores la facultad de poder retractarse del proceso de compra o contratación de bienes o servicios realizados por medios electrónicos, sin la necesidad de expresión de causa, y siempre que se cumpla con los requisitos y plazos impuestos por la misma Ley, los cuales se analizarán en el transcurso de este trabajo (Tonk, 2012).

Otra investigación previa es la que nos ofrece Larrosa (2015) en su tesis titulada “El Derecho de Desistimiento en la Contratación de Consumo” en su objetivo tenemos que el ámbito de la contratación que actualmente conocemos es algo diferente del que hasta ahora venía constituyendo un cuerpo de doctrina, cierto y estable cuyas fuentes nos llevaban hasta el Derecho Romano y que se concretaron en la Codificación desarrollada en el siglo XIX.

El contrato no era nada más que el fruto de un acuerdo entre dos partes, que se encontraban en situación de igualdad al enfrentarse a la negociación y cuyo contenido quedaba fijado en atención a los concretos deseos de cada uno de los contratantes, constituyendo un cuerpo cerrado una vez concertado, que vinculaba a las partes y por ello no podía ser objeto de desvinculación por ninguno de los contratantes, a menos que concurriese justa causa que así lo permitiese, fundamentalmente en casos de lesión o incumplimiento de una de las partes.

Por tanto, los contratos se articulaban en torno a una serie de principios característicos del derecho liberal cuyo punto central radicaba en dos aspectos esenciales que condicionaban todo el régimen contractual: a) la igualdad de los contratantes y b) la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad como base de todo el acuerdo.

En este contexto de sacralización del contrato como inmutable, bajo la máxima de que “el contrato es ley entre las partes” reflejada en el artículo 1091 CC y confirmada en sede contractual por el contenido de los artículos 1254, 1255, 1256 y 1258, todos ellos del Código Civil, la posibilidad de desvinculación del contrato por parte de uno de los contratantes, por su propia voluntad, era prácticamente una quimera jurídica.

Era imposible para la generalidad de los contratos, y más especialmente en relación a la compraventa, en los que sólo cabía una posibilidad de desvinculación puramente causal y justificada.

Existía una posibilidad limitada a aquellos contratos específicamente determinados en el Código Civil, fundamentalmente convenios en los que el contenido personal o de confianza constituía la base de la propia relación jurídica (comodato, mandato, sociedad, depósito) en los que se concedía a una o a ambas partes la posibilidad de desvinculación del contrato perfecto y obligatorio.

Estas normas venían a configurar el cuerpo del desistimiento clásico del derecho común que había sido estudiado por la doctrina, si bien desde una regulación dispersa y poco homogénea tanto en su contenido, como en su fundamento e incluso en su denominación. Era posible desvincularse de la relación contractual en unos pocos contratos sin un nexo común de unión (Larrosa Amante, 2015).

Continuando con los antecedentes de investigación tenemos a nivel nacional los siguientes trabajos: Morales (2014) en su tesis titulada “El poder irrevocable ¿Contrasentido Jurídico?” el objetivo de la tesis es el otorgamiento de poder generalmente resulta considerado como un negocio jurídico simple; sin embargo, el análisis de su concepto, naturaleza, causas, alcances y extinción, demuestra la complejidad de esta figura jurídica.

El presente trabajo desarrolla el tema del poder irrevocable y, por ende, la institución jurídica de la representación, ambos instrumentos del derecho que facilitan el desenvolvimiento de las personas en sociedad al incrementar las posibilidades de realizar negocios jurídicos que no podrían efectuar personalmente por cualquier motivo de hecho o de derecho, sin necesidad de encontrarse presente, más teniendo como fin mostrar un nuevo escenario que sustente la inconveniencia de la regulación del poder irrevocable en nuestro ordenamiento jurídico.

El análisis y sustentación de la inadmisibilidad de la irrevocabilidad del poder es necesario en razón de la escasa claridad de nuestra jurisprudencia, así como de la innecesaria positivización de esta figura en nuestras normas, en tanto existen normas suficientes que esclarecen la problemática.

La doctrina peruana trata el tema inclinándose a favor de la tesis de que el poder - entendido como negocio jurídico unilateral – es por naturaleza revocable; sin embargo, coincide en que es posible regular excepciones en determinados supuestos, agregando que la irrevocabilidad normada en el artículo 153 del Código Civil no resulta absoluta sino relativa.

De otro lado, la jurisprudencia no ha sido pacífica respecto al tema en cuestión habiendo pronunciamientos disímiles en el ámbito judicial, así como también, en el plano Registral, los Registradores Públicos aceptan la inscripción de poderes irrevocables pero con determinados requisitos (Morales Hevias , 2014).

Expuestos los trabajos previos, veamos ahora la situación problemática que presenta la siguiente investigación: El problema se presenta sobre el Derecho desistimiento en la legislación nacional, ante ello nace la siguiente interrogante ¿El derecho desistimiento está regulado en la legislación peruana?, pues la respuesta es ¡NO!, es decir no está legislado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, eso significa que los derechos del consumidor y el principio de oportunidad pueden verse vulnerados de cierta forma.

Sin embargo existen otros dispositivos normativos que protegen los derechos del consumidor pero que no es lo mismo que el derecho de desistimiento como por ejemplo: Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC): Excluye el 'derecho de desistimiento' pero regula un derecho de 'restitución'. 'Derecho de restitución': resolución del contrato y restitución de lo pagado. Artículo 58.1 CPDC: ámbito de aplicación a métodos comerciales agresivos o engañosos y el Artículo 58.2: Aplicable a todo tipo de contrato siempre que se encuentre en condiciones 58.1.

Si bien es cierto que estas leyes protegen al usuario, no es lo mismo el derecho de desistimiento, puesto que con éste se aplica el principio de oportunidad, a ello se suman características propias como el Plazo de 7 días calendario contados desde la celebración del contrato, recepción de producto e inicio de ejecución, obligación de información del proveedor acerca del derecho y de su ejercicio, como se hace en la legislación española.

Ante lo expuesto se formula la siguiente interrogante: ¿Cuál es el impacto de la necesidad de regulación del derecho de desistimiento de los contratos electrónicos en la legislación del Código de Protección y Defensa del Consumidor?

Continuando con la parte inductiva de esta tesis se presenta el objetivo general: Regular el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos en la legislación del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Para alcanzar el presente se formulan los objetivos específicos: Primero: Analizar la regulación de los Contratos Electrónicos en el Perú; Segundo: Diagnosticar las figuras jurídicas que influyen en los Contratos Electrónicos en el Perú; y Tercero: Elaborar un Proyecto de Ley regulando el derecho de Desistimiento de los Contratos Electrónicos en la legislación del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El planteamiento hipotético que se plantea a continuación es: Si se regula el Derecho de Desistimiento en la legislación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, entonces se obtiene un impacto de equilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios en los Contratos Electrónicos en el Perú.

Asimismo se justifica el por qué buscar regular el Derecho de Desistimiento de los Contratos Electrónicos en el Perú. Para que el consumidor usuario tenga la oportunidad de hacer valer sus derechos y aplicar el principio de oportunidad ante la adversidad de empresas abusivas que mediante los contratos electrónicos no manifiesta la verdad la cual viene hacer tal y como presentan sus productos y/o servicios, en otras palabras no enseñan las verdades ventajas y desventajas de sus productos y/o servicios y mucho menos indican al usuario los derechos que le atañe como consumidor.

Porque desarrollar un marco teórico científico y legal acerca del derecho de desistimiento y los contratos electrónicos el cual sirve como fuente de información para futuras investigaciones, contribuyendo de esta manera al desarrollo cultural y académico del derecho y finalmente esta tesis tiene como beneficiario a los consumidores que realizan contratos electrónicos, pues contarán con un marco regulatorio que los asista, los defienda y haga prevalecer sus derechos sobre artículos, productos o servicios que les ofrezcan los proveedores, mediante redes de internet y que al ser recibidos se sientan estafados o no satisfechos con lo que están comprando y frente a ello, contar con el derecho de desistimiento.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Ubicación

La ubicación del problema es a nivel nacional, ya que se basa en resolver problemas ligados a los derechos de los consumidores a través de los contratos electrónicos, siendo el problema principal la ausencia de la legislación sobre el derecho de desistimiento en la normatividad del Código de Protección y defensa Del Consumidor.

Por lo expuesto surge la interrogante ¿Qué es el derecho de desistimiento?, para ello recurrimos a los aportes de alcántara (2016) quién manifiesta lo siguiente:

Noción genérica: (RAE) Verbo “desistir” significa “abdicar o abandonar una acción procesal”. Noción ámbito derecho de consumo: Institución jurídica propia del *Common law*. Implica para una de las partes contratantes la facultad de decidir si mantiene vigente el contrato o lo extingue. No se requiere de motivación ni justificación o excusa. Solamente puede hacerse uso de tal derecho en el marco de ciertos contratos delimitados por ley (p. 15).

Vemos entonces que el derecho de desistimiento es la facultad de una de las partes en un contrato determinado de extinguirlo o continuar, con el detalle singular detalle de no presentar motivo o justificación alguna en caso de terminar el compromiso legal.

Continuando con la ubicación del tema central nace otra interrogante como es: ¿Cuál es el fundamento de este derecho?, según Alcántara (2016, p. 16) da respuesta a esta interrogante es el “Desequilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios a distancia y/o fuera de los establecimientos comerciales”, en otras palabras este derecho trata de hacer o equilibrar la parte contractual entre el proveedor y el consumidor con el

propósito de hacer prevalecer los derechos del consumidor, que muchas veces son vulnerados en diversos tipos de contratos electrónicos.

1.2. Cómo surge el problema. Es una descripción del objeto de estudio, teniendo en cuenta su evolución histórica y las tendencias que presenta

El desistimiento según Kluwer (2017) “Es el abandono voluntario del proceso civil iniciado por parte del demandante o promotor del expediente. Por lo tanto, en una primera aproximación a esta institución”, En otras palabras nos encontramos ante la actuación de la parte que preparó el proceso enfocada a ponerle fin de forma adelantada”. Dicho de otra forma, desistimiento es la potestad de un consumidor de un bien o servicio para devolverlo al comercio dentro de un plazo legal, sin tener que alegar ni dar ninguna explicación al respecto ni sufrir una penalización.

En el ámbito internacional el desistimiento se viene aplicando en diversas legislaciones como es el caso del Reino Unido: “Right of cancellation” (derecho de resolución) en contratos de alquiler con opción de compra y de crédito hasta un máximo 30 libras. “Cooling off period”: 4 días, asimismo en Canadá: Aplicación a contratos ‘door to door’ y contratos de venta directa cuando el bien aún no ha sido entregado y contratos a distancia. Cooling off period: 2 a 10 días.

Al respecto Kluwer (2017, párr. 4) comenta lo siguiente: “El apartamiento, por parte del demandante, de un proceso civil que él mismo ha iniciado, haya o no comparecido la parte contraria, solamente resulta posible en un proceso que esté inspirado por el principio dispositivo, también llamado de oportunidad”. En otras palabras el principio de oportunidad de Kluwer se da en el desistimiento lo que hace un derecho inalienable al consumidor, protegiendo de esta manera sus derechos fundamentales como el derecho a escoger el bien o servicio que le parezca.

Con respecto a los contratos electrónicos el Gabinete Jurídico Confederación de Consumidores y Usuarios CECU (2017, p. 1) nos dice “Es aquel en el que una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la Red; en pocas palabras ambas partes manifiestan su deseo de contratar por medios electrónicos.”

El problema que podemos observar en el ámbito internacional es que muchas empresas no informan adecuadamente las características o propiedades de los productos o servicios que ofrecen electrónicamente, y luego el cliente se lleva una sorpresa al recibir su producto a tal punto que ya no lo desea, precisamente para evitar este tipo de inconvenientes en España la Ley 3/2014 de defensa de los consumidores vigente en su Artículo 71. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento. 1. El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento. Se puede observar entonces como el derecho de desistimiento se aplica en diversas legislaciones como por ejemplo España donde si cuida y protege los derechos de los consumidores españoles.

1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene. Se describe la realización empírica del objeto de estudio

Veamos ahora el Derecho desistimiento en el ámbito nacional, ante ello nace la siguiente interrogante ¿El derecho desistimiento está regulado en la legislación peruana?, pues la respuesta es ¡NO!, es decir no está legislado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, eso significa que los derechos del consumidor y el principio de oportunidad pueden verse vulnerados de cierta forma, sin embargo existen otras legislaciones que protegen los derechos del consumidor pero que no es lo mismo que el derecho de desistimiento como por ejemplo: Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC): Excluye el ‘derecho de desistimiento’ pero regula un derecho de ‘restitución’. ‘Derecho de restitución’: resolución del contrato y

restitución de lo pagado. Artículo 58.1 CPDC: ámbito de aplicación a métodos comerciales agresivos o engañosos y el Artículo 58.2: Aplicable a todo tipo de contrato siempre que se encuentre en condiciones 58.1. Si bien es cierto que estas leyes protegen al usuario, no es lo mismo el derecho de desistimiento, puesto que de aplica el principio de oportunidad a ello se suma características propias como el Plazo de 7 días calendario contados celebración del contrato, recepción de producto e inicio de ejecución, Obligación de información del proveedor acerca del derecho y de su ejercicio como se hace en la legislación española.

1.4. Descripción detallada la metodología empleada de manera tal que el lector interesado pueda repetir el experimento o el proceso y llegar a los mismos resultados.

1.4.1. Método:

Se empleó el método deductivo y el hipotético deductivo

El método que se ha aplicado en el presente trabajo, es el método deductivo, el mismo que consiste en descender de lo general a lo particular, es decir, cuando el científico comienza su trabajo en una teoría y a partir de ella, aplicando razonamientos lógico-deductivos, acaba ampliando precisando o corrigiendo dicha teoría, está utilizando lo que se llama el método deductivo” Pereda (1987, pág. 41).

En este método se desciende de lo general a lo particular, de forma que partiendo de enunciados de carácter universal y utilizando instrumentos científicos, se infieren enunciados particulares, pudiendo ser axiomático-deductivo cuando las premisas de partida la constituyen axiomas (proposiciones no demostrables), o hipotético-deductivo si las premisas de partida son hipótesis contrastables.

Se aplica el método hipotético deductivo: Uno de los métodos más aceptados en la actualidad. Se considera una descripción del método científico. Plantear hipótesis en base a los datos disponibles. Luego aplicar la deducción para llegar a una conclusión. Esta realiza a través de experimentación. (Puebla, 2016)

Procedimiento: Encuesta: Se procederá a encuestar a los operadores del derecho. El cual es anónimamente, y responderá un pliego de 17 preguntas

Observación: Mediante la observación se procederán los vacíos legales que pueda tener el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

1.4.2. Tipo de Investigación:

Por su propósito fundamental la presente investigación corresponde a una investigación teórica, pura o básica; puesto que está dirigida hacia un fin netamente cognoscitivo, repercutiendo en unos casos a correcciones, y en otros en perfeccionamiento de los conocimientos.

1.4.3. Diseño de investigación:

El diseño de la investigación será no experimental porque se observara el fenómeno de la informalidad como se presenta en su contexto natural para luego analizarlo. No se realizará la manipulación las variables independientes intencionalmente.

1.4.4. Tipo de análisis:

La técnica del análisis documental; utilizando, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los

dominios de las variables: conceptos básicos, normas generales y legislación comparada; responsables y contextos.

1.4.5. Forma de tratamiento de los datos:

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes también ya indicados; serán incorporados o ingresados al programa computarizado Microsoft Excel; y con él se harán cuando menos, los cruces que consideran la hipótesis; y, con precisiones porcentuales, ordenamiento de mayor a menor, y cronológico, serán presentados como informaciones en forma de cuadros, gráficos, etc.

1.5. Análisis de las variables.

V. Independiente: Derecho de Desistimiento

V. Dependiente: Contratos Electrónicos

Tabla 1. Operacionalización de variables

VARIABLES	DIMENSIONES	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<u>Independiente</u> Derecho de Desistimiento	<ul style="list-style-type: none"> • Fase precontractual • Contratación • Derechos de garantía 	Encuesta Análisis Documental	Cuestionario
<u>Dependiente</u> Contratos Electrónicos	<ul style="list-style-type: none"> • Por su forma de ejecución: • Por la emisión de las declaraciones: • Por los sujetos que son parte del contrato electrónico: • Por el objeto del contrato 		

Fuente: Elaboración propia

1.6. Diseño de contrastación de la hipótesis.

El trabajo de investigación es de tipo aplicada, tecnológica o de desarrollo o denominada Descriptiva-Explicativa. El método que se empleará en la presente investigación es el análisis. El diseño del presente proceso de investigación es Cuantitativa.

Por su función pueden ser descriptivas, explicativas y predictivas.

- **Las descriptivas:** Son predominantemente investigaciones cualitativas, en base a fuentes documentales. Cuando una investigación es solo descriptiva recibe el nombre de monografía.
- **Las explicativas:** son investigaciones causales, ya que plantean hipótesis explicativa, es decir propuestas de explicación al problema causal, que luego deben ser contrastadas. Estas investigaciones son las más apropiadas para las tesis de maestrías y doctorado.
- **Las predictivas:** plantean hipótesis predictivas que para poder ser contrastadas requieren de un experimento con poblaciones de condiciones o características uniformes.

1.6.1. Área de estudio-ubicación

El área de estudio será la ciudad de Lambayeque que comprende el Distrito Judicial y Fiscal de Lambayeque.

1.6.2. Población y muestra:

Población: Debido a que la población de informantes para el cuestionario son: Jueces, fiscales, docentes y abogados.

Muestra: En nuestro departamento, conformados por un promedio de 120 personas, se les aplicarán las guías a todos ellos.

Tabla 2. Distribución de la muestra

		N!	%
Responsables	Jueces	15	13%
	Fiscales	10	8%
Comunidad Jurídica	Abogados	60	50%
	Docentes	35	29%
TOTAL		120	100%

Fuente: investigación propia

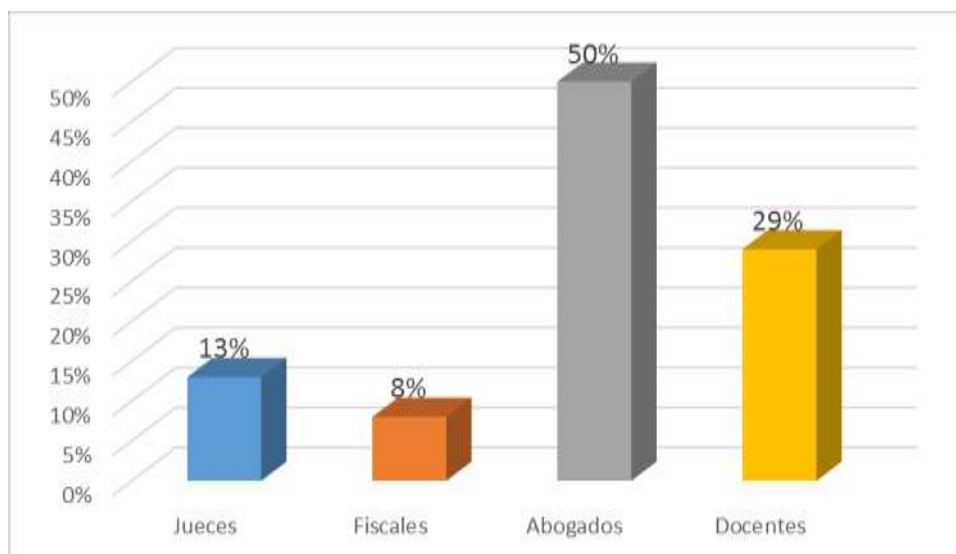


Figura 1. Distribución de la muestra
Fuente: investigación propia

1.7. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Materiales

- Útiles de escritorio
- Fichas de trabajo
- Recursos según las estrategias empleadas

1.7.2. Técnica-Instrumento.

➤ **Técnicas de fichaje:**

Se utilizará para fijar conceptos y datos relevantes, mediante la elaboración y utilización de fichas para registrar organizar y precisar aspectos importantes considerados en las diferentes etapas de la investigación.

Las fichas a utilizar fueron:

- ❖ **Ficha de Resumen:** Fueron utilizadas en la síntesis de conceptos y aportes de diversas fuentes, que fueron organizados concisa y pertinentemente en estas fichas, particularmente sobre contenidos teóricos o antecedentes consultados.
- ❖ **Ficha Textuales:** Utilizados en la transcripción literal de contenidos, sobre su versión bibliográfica o fuente informativa original.
- ❖ **Fichas Bibliográficas:** Se utilizaron en el registro de datos sobre las fuentes recorridas y consultadas que dieron el soporte científico correspondiente a la investigación.

➤ **Documentos estadísticos:**

Específicamente se usaran trabajos previos o antecedentes de estudio así como jurídica procesal penal, proporcionada por la oficina de estadística de la corte superior de justicia de Lambayeque, y del Ministerio Público.

➤ Encuesta:

Utilizada con la finalidad de averiguar un objetivo planteado.

Es una técnica que se permitirá el acopio de datos obtenidos por consulta.

➤ Guías de observación

Es una técnica que permite obtener los datos directos a través de la observación.

➤ Cuestionario.

Es una técnica que permitirá contrastar la verdad de la información que me proporcione por los entrevistados.

1.8. Métodos Y Procedimientos Para La Recolección De Datos.

- Histórico: Se utilizó en el análisis legislaciones comparadas de otros países, con respecto al derecho de desistimiento.
- Sintético: Por intermedio de este método he llegado a sistematizar y estructurar toda la información encontrada.
- Descriptiva: Se ha utilizado para la descripción de cada concepto básico de la tipología de las variables independiente y dependiente.
- Analítico: Me ha permitido analizar, ordenadamente cada uno de los conceptos básicos del Derecho de Desistimiento y Contratos Electrónicos.
- Inductivo: Por este método ha pasado el estudio particular de cada uno de los conceptos empleados como del Derecho de Desistimiento y

Contratos Electrónicos para aplicarlos al objeto de estudio.

- Deductivo: Por intermedio de este método que va de lo universal a lo particular he llegado a la conclusión, que existe actualmente en el código del derecho y defensa del consumidor vacíos legales que deben ser corregidos mediante el derecho de desistimiento.

1.9. Análisis Estadísticos De Los Datos.

Los datos serán organizados en cuadros estadísticos y gráficos en barra trabajados en Excel que permitirán su análisis e interpretación pertinente.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

PARTE I

CAPÍTULO I: DERECHO DE DESISTIMIENTO

1.1. DERECHO DE DESISTIMIENTO

1.1.1. Conceptos

Desistir, renunciar, dejar sin efecto, arrepentirse, cesar, echarse atrás... En consumo, el derecho de desistimiento es la facultad que tenemos los consumidores y usuarios para dejar sin efecto un contrato. Este derecho se debe ejercitar durante un período de tiempo establecido en 14 días naturales, sin necesidad de justificar la decisión y sin ningún coste, salvo excepciones, siendo NULA cualquier penalización en el plazo legalmente establecido (Torre Armona , 2010).

El desistimiento consiste en la anulación de la matrícula con derecho a devolución del importe total. De acuerdo con el Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el plazo de desistimiento de la matrícula es de 14 días desde el día del pago del curso, sin necesidad de justificación por su parte (Cervantes, 2013).

Los cambios de todo tipo producidos en las relaciones sociales y económicas como consecuencia de diversos factores son especialmente interesantes en el ámbito de la contratación, campo en él nos encontramos con una revisión de la concepción clásica del contrato¹. En el modelo de contratación que el Código Civil regula, la relación entre contratantes tal como dicho cuerpo legal las concibió, ha cambiado radicalmente en la sociedad actual donde impera un sistema de contratación harto diferente (Larrosa Amante M. , 2015).

Finalmente luego de haber conocido algunas definiciones, se puede sacar una definición personal acerca del desistimiento, el cual es la siguiente: “El

derecho de desistimiento representa un principio de oportunidad que tiene el usuario de dar un paso hacia atrás en un contrato electrónico, al ver que se han vulnerado sus derechos sobre información clara del producto y /o servicio que se le promocionó mediante un contrato electrónico mediante redes de internet”

1.1.2. Dimensiones

1.1.2.1. Antecedentes y fundamento del derecho de desistimiento

En este apartado se hace una referencia legislativa de España y el Parlamento Europeo como mediante leyes, normas sacan adelante el derecho de desistimiento a favor del consumidor en los contratos electrónicos, veamos la experiencia de una investigación realizada por Diéguez (2009) en la ciudad de Barcelona.

En la ciudad de Barcelona Diéguez (2009, p. 3) manifiesta lo siguiente:

Efectivamente, desde que comenzó el desarrollo del cuerpo normativo al que hemos venido denominado Derecho de Consumo, el derecho de desistimiento reconocido a favor del consumidor en las Directivas de dicho ámbito, se ha erigido como instrumento para crear y delimitar el tan deseado ámbito de protección y defensa de los consumidores.

Se observa entonces como desde el 2009, ya se trabajaban proyectos sobre el derecho de desistimiento en España, veamos que más dice Diéguez al respecto

Diéguez (2009, p. 3) indica que:

La necesidad de configurar un marco legal común en cuanto a los derechos de los consumidores en todo el íternegocial llevó al legislador comunitario a articular herramientas jurídicas que permitieran, en la medida de lo posible, reducir o aminorar la asimetría económica y jurídica en la que se encuentra el consumidor en las tres fases que, desde el punto de vista doctrinal, acostumbramos a estructurar el

fenómeno de la contratación.

En ese sentido Diéguez nos enseña tres dimensiones sobre el derecho de desistimiento y son las siguientes:

Dimensión Nº01: Fase precontractual: En esta fase, en cuanto a la formación del consentimiento de forma reflexiva y conscientemente, la legislación comunitaria es uniforme y constante en cuanto a la forma y los contenidos de la oferta publicitaria que, en su caso, será fuente de integración del contrato (Diéguez Oliva, 2009).

Dimensión Nº 02: Fase Contratación: En el momento de la contratación, regulando extremos en cuanto a la forma (escrita, idioma, copia al consumidor) y al contenido, tanto la determinación de los elementos del mismo como de las cláusulas que pueden o no ser incluidas y aquellas que, aún incluidas, sean consideradas como nulas por abusivas (Diéguez Oliva, 2009).

Dimensión Nº 03: Fase Derechos de Garantía: Finalmente, una vez perfeccionado el mismo, no sólo en cuanto a los derechos de garantía (servicios de postventa, reparación, sustitución, agentes responsables, etc.) sino reconociendo la posibilidad al consumidor de desvincularse del contrato aun cuando éste responda al esquema sucintamente descrito (Diéguez Oliva, 2009).

Sin embargo, no ha existido unanimidad ni terminológica ni legal en el tratamiento de la figura del derecho de desistimiento. Es más, dicha falta de uniformidad del derecho de desistimiento fue el referente utilizado por la Comisión en el Plan de Acción del 2003 para resaltar la necesidad de superar la incoherencia que supone el tratar de manera diferente situaciones idénticas sin justificación para ello. Y la superación de dicha situación es al que se pretende alcanzar con la regulación del derecho de desistimiento en el Common Frame of Reference, en el capítulo V del Libro II, en concreto 5: 101-5:202 (Europeo, 2003).

Diéguez (2009, p. 3) indica que: Efectivamente, si realizamos un breve recorrido por el acervo comunitario en materia de contratación y consumo podremos comprobar cómo ha sido diverso el tratamiento recibido por el derecho de desistimiento no sólo a nivel terminológico sino también jurídico, dada la heterogeneidad del régimen legal del mismo en extremos tales como el plazo (tanto en cuanto a su duración como en cuanto a la fijación del dies a quo para el inicio del cómputo del mismo), modo de ejercicio, y efectos de su ejercicio, extremo sobre el que volveremos posteriormente.

En concreto, arts. 4 y 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; art. 5 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; art. 6 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; art. 6 de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; art. 14 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo (Derecho, 1985).

No hay referencia alguna en los Principles of European Contract Law al derecho de desistimiento (right of withdrawal). El único extremo de los mismos en el que, desde una perspectiva lejana, podríamos contemplar un remedio al contrato o negocio celebrado por un consumidor que devenga arrepentido, sería en con respecto al art. 4:109, en la medida en que la situación de presupuesta inferioridad económica y jurídica del consumidor pueda ser subsumida en la letra (a) del mismo, y que como consecuencia de dicha situación, el empresario obtenga un beneficio excesivo o se aprovechó injustamente de dicha situación de inferioridad Diéguez (2009, p. 6).

El antecedente de la regulación en el CFR del derecho de desistimiento tanto por la técnica utilizada como por el contenido lo encontramos en los Principios del Derecho Contractual Europeo (ACQP), formulados por el Acquis Group, en concreto en su capítulo V, artículos 5:1015:202. En el mismo, la regulación del derecho de desistimiento se divide en dos secciones, la primera relativa al ejercicio y eficacia; y la segunda, dedicada a los derechos de desistimiento especiales, estructura y similar regulación que la contenida en los arts.5:101-5:202 del Common Frame of Reference (CFR).

Antes de analizar la configuración del derecho de desistimiento en el CFR necesariamente tenemos que delimitar cuál es la razón que justifica la concesión sólo a una de las partes contratantes de la posibilidad de desvincularse del contrato celebrado, en principio, sin coste aun cuando su consentimiento no esté viciado ni haya sido captado sorpresivamente e incluso cuando haya sido él quien ha provocado y querido dicha operación (Diéguez Oliva, 2009).

Tradicionalmente en los Códigos continentales y bajo el principio pacta sunt servanda, el desistimiento unilateral de los contratos no responde a uno de los modos usuales de extinción de las obligaciones sino que, por el contrario, su admisión con relación a ciertos supuestos, siempre se ha entendido excepcional (Diéguez Oliva, 2009).

Todos los ordenamientos europeos parten del principio pacta sunt servanda como pieza angular de la teoría general de los contratos junto con el principio de relatividad de los contratos y la autonomía de la voluntad. De ahí que siempre se haya considerado como un modo excepcional y su ausencia entre la regulación general de la extinción de las obligaciones. Pero la falta de un régimen jurídico uniforme con respecto al derecho de desistimiento no es una nota exclusiva del derecho contractual europeo sino que la misma igualmente se aprecia con relación a nuestro derecho interno (Diéguez Oliva, 2009).

En cualquier caso, en ambos campos, el derecho interno y el derecho europeo, la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento responde a la categoría de los derechos potestativos, entendidos como señala Cañizares (2001, p. 52), como aquellos que confieren a su titular un poder jurídico, en virtud del cual bien el nacimiento o establecimiento de una relación jurídica, al determinación de su contenido, así como su modificación o rescisión depende únicamente de la voluntad de su titular, manifestada mediante una declaración de voluntad receptiva, sometida a plazo de caducidad (Infante Ruiz , 2008).

Diéguez (2009) manifiesta lo siguiente:

Por lo que a nuestro derecho sustantivo se refiere y con anterioridad al fenómeno del derecho contractual europeo, el desistimiento unilateral de los contratos se configura como un supuesto de extinción de las obligaciones al margen de los tradicionales de ineficacia negociar, casi en exclusiva reservado para aquellos contratos en los que en la base del negocio jurídico viene dada por relaciones de confianza (*intuitus personae*) que las cualidades personales de las partes suscitaron en el momento de contratar, de modo que, desaparecida o frustrada aquella, se reconoce a aquella que ha visto frustrada dicha confianza, poder desistir de dicha relación. En este sentido se pronuncia nuestro Código Civil en los arts. 1733 y 1736 en sede del contrato de mandato, tanto para el mandante como para el mandatario; en el art. 1594, únicamente con respecto al comitente en el contrato de obra; art. 1755, contrato de depósito. Se configuraba como una facultad concedida a una o a ambas partes, siempre con respecto a relaciones duraderas o de tracto sucesivo y de duración, generalmente, indefinida.

Pero tampoco podemos afirmar que sea un supuesto de extinción de las obligaciones caracterizado por la presencia de dicha nota *intuitus persona*, ni propia de los contratos de tracto sucesivo o de carácter duradero e indefinido, en tanto que el mismo está igualmente presente en contratos en los que el elemento personal no podemos afirmar que se encuentre en la base del negocio ni que respondan al modelo de contrato duradero o de tracto sucesivo.

Así por ejemplo igualmente el art. 1454, en sede del contrato de compraventa, permite a los contratantes desistir del contrato con ciertos efectos, como en otros muchos supuestos del derecho de desistimiento, pero sin alegar causa alguna; o en el art.9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. O el art. 24 b) de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, que permite al arrendatario desistir unilateralmente del contrato, al término del año agrícola, notificándolo al arrendador con un año de antelación, justificando el legislador dicho derecho en la Exposición de Motivos de la misma como instrumento para equilibrar la posición de las partes en el contrato.

Podríamos afirmar que estamos ante la ausencia de un denominador común a todos estos supuestos que nos sirva de fundamento. El único rasgo que comparten todos los supuestos enunciados es la posibilidad de ejercicio sin justificar causa o razón alguna. Y con respecto a los supuestos de derecho comunitario, el reconocimiento del mismo únicamente a favor del consumidor (Diéguez Oliva, 2009). Es más, aquella cláusula general de la contratación que se pronuncie en tal sentido será nula de pleno derecho por abusiva en la medida que vincula la eficacia del contrato únicamente a la voluntad del empresario (art. 85 TRLCU), así como en la contratación sin condiciones generales, como condición puramente potestativa (art. 1115 CC).

Desde la perspectiva del derecho contractual europeo, la doctrina no es unánime en cuanto al fundamento del mismo. Los Principios del CFR parten de la diversidad de supuestos que pueden justificar el derecho de desistimiento, bien porque en el momento de contratar el consentimiento del consumidor se haya captado de forma sorpresiva, porque la contratación se haya llevado a cabo en condiciones o circunstancias en que fueran menores las posibilidades del consumidor de comparar precios o alternativas, o porque sea necesario reconocerle a «cooling off period» que le permita recabar más información y datos que le permitan decidir si quiere o no permanecer en el contrato.

Desde el punto de vista doctrinal, encontramos diversas opiniones al respecto. Así por ejemplo, ZWEITER/KÖTZ (2002, p. 343), justifican el derecho de desistimiento atendiendo a la fase precontractual, como instrumento para salvar o subsanar cualquier defecto en el procedimiento o negociación, vinculándolo a los vicios del consentimiento, al error e incluso el dolo.

Por el contrario, para otros autores, el derecho de desistimiento en el ámbito de la protección de los consumidores no debe partir, como pudo suceder en otros momentos, de situaciones en las que el consentimiento del consumidor, precisamente por las técnicas comerciales y jurídicas empleadas en la contratación, sí podía adolecer de algún vicio que impidiera u obstaculizase una formación libre del consentimiento.

Como señala (2008, pp. 248-249), parece superada aquella visión del derecho de desistimiento en la que el presupuesto fáctico se encontraba en la asimetría informativa entre empresarios y consumidores, asimetría que los conduce en situaciones a contratar «tomados por sorpresa».

Pero la falta de un común denominador en todos los supuestos en los que el derecho europeo contempla el derecho de desistimiento como excepción del principio *pacta sunt servanda* es el que le lleva a advertir la necesidad de que todos los supuestos de derecho de desistimiento respondan a una política jurídica convincente. En su opinión resulta arriesgada una generalización del derecho de desistimiento a todo el ámbito del Derecho del Consumo en tanto que situaría al mismo fuera del Derecho de Obligaciones.

Es evidente que, en el contexto del derecho contractual europeo y del ámbito del derecho del consumo, el fundamento del derecho de desistimiento necesariamente se vincula con vicisitudes con respecto a la formación del consentimiento del consumidor. La razón de ser no es, a diferencia de muchos de los supuestos del derecho interno español y de otros derechos nacionales, la relevancia de las

cualidades personales del contratante, cuando precisamente el marco en el que se desenvuelve es, por lo general, el de la contratación en masa.

El derecho de desistimiento necesariamente tenemos que remitirlo a la formación de la voluntad del consumidor y su finalidad no es otra que ofrecer al consumidor una vía rápida y eficaz de desvincularse del contrato sin tener que recurrir a los remedios generales, tales como la nulidad o la anulabilidad, y necesariamente a un proceso judicial. Responde no sólo a razones jurídicas sino también económicas en el sentido de incentivar el consumo, a sabiendas de la posibilidad de desligarse posteriormente del contrato sin tener que alegar causa alguna.

Y es en este extremo donde como señala ZIMMERMANN cobran mayor pesos las cuestiones políticas que las jurídicas, en la medida que serán razones de dicha índole las que justifiquen el reconocimiento del derecho de desistimiento unilateral del contrato a favor del consumidor, en tanto que con la misma se incentive la contratación en concretos ámbitos económicos (Infante Ruiz , 2008).

1.1.2.2. Caracterización del derecho de desistimiento en el CFR: plazo y obligación de informar del empresario.

El capítulo V del Libro II del CFR¹, bajo el epígrafe right of withdrawal, se encuentra dividido en dos secciones, la primera, relativa al ejercicio y efectos del derecho de desistimiento (arts. 5:101- 5: 106); y la segunda, dedicada al estudio de las particularidades del derecho de desistimiento en las ventas fuera de establecimiento mercantil (arts. 5:201), y los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 5:202). Se reconoce tal derecho con relación a los contratos celebrados conforme a las normas contenidas en los Libros II a IV del CFR [art. 5:101 (1)], sin que sea necesaria para su ejercicio la alegación de causa o motivo alguno.

¹ Common Frame of Reference (Marco Común de Referencia)

En líneas generales el CFR recoge los elementos y caracteres propios del derecho de desistimiento formulados en el derecho comunitario (Torre Armona , 2010).

Al igual que todo el acervo comunitario y en el art. 5:101 de ACQP, se parte del carácter imperativo e irrenunciable del derecho de desistimiento. Puede ejercitarse expresamente, si bien igualmente se admite su ejercicio tácito, en tanto que «returnig the subject of the contract is considered a notice of withdrawal unless the circumstances indicate otherwise» (art. 5:102).

Se establece el deber de informar del mismo al contratante a favor se reconozca dicha facultad (art. 5:104) información que ha de ser clara y comprensible, así como adecuada en forma y contenido a las circunstancias de su destinatario.

Dicha información necesariamente ha de comprender los siguientes extremos: forma de ejercicio, sujeto frente a quien ha de ejercitarse así como el plazo para su ejercicio [art. 5:104 con relación a los arts. 3:101 y ss, también del Libro II relativos a los deberes precontractuales de información].

Se establece un plazo general de ejercicio de catorce días que empezará a contar bien desde el momento de la conclusión del contrato, a partir del momento en que el contratante a favor del cual se reconozca el desistimiento sea debidamente informado de la facultad de desistir el contrato, o cuando la prestación principal a favor de aquel sea la entrega de ciertos bienes, desde el momento de recepción de las mismas [art. 5:103 (2)]. En cualquier caso, el plazo para el ejercicio del desistimiento no puede dilatarse más de un año desde la conclusión del contrato (Camara Madrid, 2003).

Estos son los caracteres del derecho de desistimiento que se derivan de una lectura de los mencionados artículos del CFR, lectura de la cual igualmente se suscitan algunas dudas o interrogantes.

En concreto son tres los temas que queremos traer a colación en estas líneas, al ser aspectos sobre los que ya se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con relación a concretos ámbitos de la contratación con consumidores, contratación fuera de establecimientos mercantiles, relevantes no sólo con relación a la regulación de los mismos en el CFR como con carácter general a todos los supuestos o ámbitos en los que se reconozca el derecho de desistimiento.

La primera de las interrogantes que nos surge de la lectura de los preceptos referidos del CFR es la relativa a los efectos que se derivan del incumplimiento por parte del empresario del deber de informar a la otra parte contratante del derecho que su derecho a poder desistir del contrato, máxime cuando dicho extremo ha sido objeto de estudio y debate por la doctrina y por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades, al hilo del art. 5.1 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, y en especial con relación al art. 4 párrafo tercero de la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985 relativa a protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Larrosa Amante M. , 2015).

A diferencia del art. 5.1 de la Directiva 94/47CE que establece a favor del consumidor el derecho a resolver el contrato si no se le ha informado en el momento de la firma del contrato del derecho de desistimiento, el mencionado art. 4.3 de la Directiva 85/577/CEE determina que sean los Estados los que fijen las medidas adecuadas a adoptar para proteger al consumidor en el supuesto de que no se le haya proporcionado la información relativa al derecho de desistimiento, en tanto que considera que es necesario proteger al consumidor que ha contratado desconociendo la existencia de poder desistir de su contrato.

Si bien como señala ARROYO, la remisión al derecho nacional no otorga soluciones en ningún caso homogéneas, si es cierto que choca la ausencia en el CFR de previsión alguna al respecto, ni siquiera con respecto a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Únicamente en el art. 5:105 (5) con relación a los efectos del desistimiento establece al respecto y por lo que a los costes que asume la parte que asume el derecho de desistimiento se refiere que la parte que ejercita el desistimiento ha de asumir como coste la disminución del valor del bien como consecuencia del uso del mismo, a no ser que no haya sido adecuadamente informada del derecho de desistimiento.

Pero no va más allá, a diferencia de la propia Directiva comunitaria y de los distintos derechos internos en la transposición de la misma (Diéguez Oliva, 2009).

La segunda de las dudas nos la suscita el art. 5:103 (3), al establecer como periodo máximo para el ejercicio del derecho de desistimiento, el plazo de un año a contar, como señala el mencionado artículo *after the time of conclusion of the contract*, sin distinguir a tal efecto si el contrato es de suministro de bienes o de servicios, si se ha ejecutado o no, y sin tampoco especificar si el mismo plazo resulta aplicable indistintamente al supuesto en que el empresario ha incumplido o no su obligación de informar al consumidor acerca del derecho de desistimiento.

Y resulta destacable esta cuestión si tenemos en cuenta que uno de los extremos sobre los que, con relación a la interpretación y aplicación de la Directiva 85/577/CEE se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades, ha sido precisamente en cuanto al plazo establecido en la entonces vigente ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio, *Haustürwiderrufsgesetz (HWiG)*, de 14 de noviembre de 1985 (Diéguez Oliva, 2009).

En concreto nos referimos a la sentencia de 13 de diciembre de 2001, *Heiniger*, C-481-99, y las que posteriormente la citan, en concreto a las sentencias de 25 de octubre de 2005, *Schulte*, asunto C-350/03; sentencia de 25 de octubre de 2005,

Crailsheimer Volksbank, asunto C-229/04; y sentencia de 10 de abril de 2008, Hamilton, asunto C-4127/06.

Dichas sentencias fueron dictadas ante la petición de decisión prejudicial planteada por diversas instancias de los tribunales alemanes interpelando al Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre si los legisladores nacionales pueden establecer el plazo de un año a partir de la fecha de celebración del contrato como fecha límite para el ejercicio del derecho de desistimiento, cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el art. 4 de la mencionada Directiva. Al respecto consideró el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la sentencia de 13 de diciembre de 2001, Heiniger (C-481/99), que la Directiva se opone a que los legisladores nacionales aplicaran el plazo de un año a partir de la celebración del contrato para poder ejercitar el derecho de revocación cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el art. 4 de la Directiva sobre los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales.

Tal medida se considera que no responde a la finalidad de la Directiva ni a los instrumentos establecidos en la misma para asegurar su efectividad. Y la razón no es otra que la imposibilidad de poder ejercitar dicho derecho cuando no se le ha informado al consumidor sobre el mismo, o aun cuando informándole, dicha información, como en el supuesto analizado en la sentencia de 10 de abril de 2008, Hamilton, C-412-06, fue defectuosa o incompleta, equiparando el Tribunal ambos supuestos, tal y como señala el apartado 35 de la misma (Gabinete Jurídico de CECU, 2012).

Y finalmente, señalar que no queda claro en el texto del CFR si es posible o no el ejercicio del derecho de desistimiento con relación a los contratos ya ejecutados, en especial cuando, como hemos analizado anteriormente, no ha sido informado el consumidor acerca de la posibilidad de desistir del contrato.

Sobre esta cuestión igualmente se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de abril de 2008, Hamilton, C-412/06. En el supuesto, el tribunal nacional, nuevamente alemán, y planteó al Tribunal de Justicia si, igualmente con relación a la Directiva 85/577/CEE, en concreto a los arts. 4, 1 y 5 (1) y art. 5, relativos a la obligación de informar acerca del derecho de desistimiento y el plazo del mismo, si una vez ejecutadas todas las prestaciones a cargo de ambas partes contratantes es posible el ejercicio del derecho de desistimiento.

Como señala el propio Tribunal, el efecto principal del ejercicio del derecho de desistimiento es dejar sin efecto la relación jurídica que vincula al consumidor con el empresario, por lo que su razón de ser se justifica precisamente en cuanto existan prestaciones pendientes a cargo de ambas o algunas de las partes.

En igual sentido, el art. 5:105 (1). Sin embargo, nuevamente surge la duda acerca del supuesto en el que el consumidor no haya sido informado del derecho de desistimiento, extremo no contemplado por la regulación del CFR, como sucedió en los hechos de la sentencia Hamilton.

Al respecto señala el Tribunal en su apartado 32, recogiendo el criterio contenido en el apartado 66 de la sentencia Schulte, anteriormente referida, que el objeto principal de la Directiva 85/577/CEE es la protección del consumidor contra el riesgo que se deriva de la circunstancia que rodean la celebración del contrato fuera de los establecimientos comerciales.

En el supuesto de no haber sido debidamente informado sobre la existencia del derecho de desistimiento, es conforme a la Directiva que las legislaciones nacionales admitan dentro de un plazo, la posibilidad de ejercicio de dicho desistimiento aun cuando haya finalizado la ejecución completa del contrato, tanto para contratos cuya prestación principal sea la entrega de un bien o la prestación de un servicio, bien de ejecución inmediata, bien dilatada en el tiempo (Europeo, 2003).

1.1.2.3. Los efectos del desistimiento: la extinción del contrato, costes económicos y obligación de restitución

El principal efecto que prevé el CFR en caso de ejercicio del derecho de desistimiento es la extinción de la relación contractual (art. 5:105), esto es, la desvinculación de ambas partes del vínculo contractual. Pero también conlleva como efecto jurídico el nacimiento de la obligación de restitución, cuya regulación es una novedad con respecto a la regulación del derecho de desistimiento en las Directivas comunitarias, en tanto que las mismas remitían a los distintos derechos nacionales (Diéguez Oliva, 2009).

Todos los extremos referentes a la restitución de las prestaciones por remisión se encuentran contenidos en el Libro III, Capítulo 3º, Sección 5ª, subsección 4ª (arts. 3:510-3:514), a no ser que el contrato contenga alguna previsión que resulte más beneficiosa para el consumidor.

Sin embargo, no contiene el CFR previsión alguna en cuanto a determinación del momento en el que se entiende ejercitado el derecho de desistimiento, extinguido el contrato y por consiguiente, obligadas las partes a la restitución de las prestaciones que se hubiera cumplido, extremo relevante no sólo con relación a la determinación de quién asume los riesgos en caso de pérdida, destrucción o menoscabo del bien que ha de ser restituido, sino también en cuanto a la fijación del día a quo para el inicio del plazo de treinta días para la restitución de los pagos realizados al empresario, como señala el art. 5:105 (3) «after the withdrawal becomes effective» (Rodríguez Vasquez, 2013).

Para la determinación del momento en el que se entiende que surge la obligación de restituir, tendremos necesariamente que remitirnos a los preceptos que regulan en el CFR las declaraciones de voluntad, en sede de perfeccionamiento del contrato mediante oferta y aceptación, para determinar si sobre este extremo regirá bien la teoría del emisión, conforme a la cual entenderíamos ejercitado el desistimiento

desde el momento en que el consumidor emita dicho desistimiento, y en caso de desistimiento tácito, reenvíe las mercancías a la persona física o jurídica indicada en el contrato; o si por el contrario, desde la perspectiva de la teoría de la recepción, en cuanto ésta llegue al conocimiento del empresario.

El CFR establece en el Libro I, capítulo IV, art. 4:205 las reglas a tener en cuenta con relación a la determinación del momento de la celebración del contrato cuando ésta se ha alcanzado mediante la oferta y la aceptación.

El criterio establecido en el 4:205 (1) responde a la segunda de las teorías reseñadas. Cuando nos encontremos ante emisiones de voluntad expresa, «the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror», por lo tanto, rige la teoría del conocimiento.

El derecho de desistimiento se entenderá por tanto ejercitado cuando el contratante a favor del cual se reconoce ejercite en plazo dicha facultad. Pero no podemos entender que surja dicha obligación de restitución y por tanto a correr el plazo de treinta días señalado por el art. 5:105 (2) en tanto que no tenga conocimiento o llegue al ámbito o círculo de los intereses dicha comunicación.

Esta es la vía que tanto legal como doctrinalmente debe aceptarse al ser la que mejor responde a los principios de buena fe, de autorresponsabilidad del consumidor, al cumplir con todos los deberes propios de diligencia exigible, y de la confianza (Nieto Melgarejo , 2003).

El CFR parte del carácter no oneroso del ejercicio del derecho de desistimiento, esto es, que para el consumidor no suponga, en principio, coste alguno ni cláusula penal el ejercicio del derecho de desistimiento, sin que incurran en responsabilidad alguna. Únicamente ha de responder de la disminución del valor del bien causado por su uso normal, a no ser que no hubiese sido debidamente informado conforme al art. 5:104 del derecho de desistimiento.

Tampoco asume ni los gastos o disminución del valor que se generen como consecuencia del examen o prueba del bien objeto del contrato, ni aquellos gastos que se deriven de la pérdida o daños en el bien siempre y cuando haya empleado una diligencia media para evitar que se pudieran producir daño, menoscabos o la pérdida del mismo (Europeo, 2003).

Especial atención merece el análisis de los efectos del desistimiento con relación a los contratos vinculados. Al igual que los ACQP, el CFR propaga los efectos del desistimiento a cualquier otro contrato que se encuentre vinculado al contrato con respecto al cual se ejercita el derecho de desistimiento.

Pero ¿qué hemos de entender por contratos vinculados? y ¿a qué se refieren tanto el art. 5:106 ACQP y el art. 5:106 CFR cuándo establecen que los efectos del desistimiento del contrato se extienden a cualquier otro contrato vinculado? El art. 5:106 CFR no define los contratos vinculados sino que en el número segundo enumera aquellos contratos de financiación entre los que sí considera que existe dicha vinculación. Sin embargo, en el último de los apartados del mencionado número sí hace referencia a la existencia de «a similar económica link».

Considera que existe dicha vinculación económica con respecto a los contratos de financiación total o parcial del contrato principal en los que se produzca una identidad entre el proveedor del bien o prestador del servicio y el financiador, esto es, que aquel sea quien financie el crédito al consumo.

En igual sentido se entenderá que se produce dicha vinculación cuando el financiador, siendo un sujeto distinto al proveedor del bien o al suministrador del servicio, se sirva de la intervención de ellos en la preparación o celebración del contrato de crédito.

Igualmente, cuando en el contrato de crédito se haga expresa referencia a los bienes concretos o los servicios cuya adquisición se financia. Pero mientras que en los ACQP se consideran como contratos vinculados aquellos entre los que exista una unidad económica (art. 5:106 (2) ACQP), el CFR prescinde de la formulación de dicho presupuesto haciendo referencia a la existencia de una vinculación económica, «a similar económica link» (art. 5:106 (2) (d) CFR).

Sobre los contratos vinculados y su régimen con respecto a los contratos de adquisición de viviendas y derechos reales en garantía del cumplimiento de los mismos volveremos posteriormente con relación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades existente con relación a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (Derecho, 1985).

1.1.3. Legislación comparada

- Reino Unido: "Right of cancellation" (derecho de resolución) en contratos de alquileres con opción de compra y de crédito hasta un máximo de 30 de libras. "Cooling off period": 4 días.
- Canadá: aplicación a contratos "door to door" y contratos de venta directa cuando el bien aún no ha sido entregado y contratos a distancia. Cooling off period: 2 a 10 días.
- USA: excluye contratos a distancia, se aplica en contratos door-to door. (ventas agresivas) Cooling off period: variable en cada Estado.
- Directiva 85/577/CEE relativa a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales: 7 días mínimo
- Directiva 97/7/CE (Parlamento Europeo y del Consejo) de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y su versión modificada por la Directiva 2002/65/CE : 7 días hábiles max.

- Directiva 2008/48/CE (Parlamento Europeo y del Consejo), de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo: 14 días desde celebración.
- Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: 14 días de recepción de información, aplicable a contratos fuera de establecimientos comerciales y a distancia y algunos de suministro.

PARTE II

CAPÍTULO I: CONTRATOS ELECTRÓNICOS

1.1. CONTRATOS ELECTRÓNICOS

1.1.1. Definiciones

CECU (2017, p. 1) nos dice “Es aquel en el que una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la Red; en pocas palabras ambas partes manifiestan su deseo de contratar por medios electrónicos.”

La implantación del comercio electrónico es un hecho hoy en día y viene determinado por el creciente empleo de las nuevas tecnologías de la información y el avance y acceso a Internet para realizar actividades comerciales que, hasta hace poco, se desarrollaban por los medios tradicionales.

La decisión de contratar vía electrónica se debe, con frecuencia, a la comodidad derivada de no tener que desplazarse para adquirir el bien o recibir el servicio deseado, así como a la facilidad y rapidez para acceder a la información relativa a los productos y servicios que se ofertan, pues no hay más que visualizar las imágenes y descripciones que aparecen en la pantalla del ordenador para conocer el producto o servicio del mercado y decidirse por su adquisición (Camara Madrid, 2003).

La necesidad del comercio electrónico se origina de la demanda de las empresas y de la administración, para hacer un mejor uso de la informática y buscar una mejor forma de aplicar las nuevas tecnologías para así mejorar la interrelación entre cliente y proveedor (Nieto Melgarejo, 2003).

Los contratos electrónicos son incluibles dentro de la contratación entre ausentes al ser celebrados entre dos o más personas distantes una o unas de otras y por ello le serán aplicables las reglas de perfección de los contratos, según sean estos civiles o mercantiles (Serrano Segarra, 2010).

Luego de haber conocido diversos enfoques sobre los contratos electrónicos, se puede precisar una definición por parte del investigador siendo el siguiente: “Los contratos electrónicos son el resultado de las voluntades entre el vendedor y comprador vía electrónica a través de una red, donde acuerdan el intercambio de un producto y servicio por un beneficio monetario”

1.1.2. Dimensiones

1.1.2.1. Por su forma de ejecución

a) Contrato de comercio electrónico directo: es aquel en el cual se entregan bienes inmateriales o la prestación de servicios sin que se necesite la presencia física del prestador. Dicha entrega o prestación de servicio puede ser inmediata o no, dependiendo de lo acordado por las partes. Un ejemplo puede ser la compra de un libro electrónico.

b) Contrato de comercio electrónico indirecto: este contrato es el que si requiere de la entrega física de bienes muebles o la prestación de servicios personalmente. Su entrega o prestación no es inmediata. Un ejemplo sería comprar ropa por internet (Blazquez Rodriguez , 2011).

1.1.2.2. Por la emisión de las declaraciones

a. Contrato electrónico puro: las manifestaciones de voluntad se hacen a través de medios electrónicos, ejemplos declarar voluntariamente que si desea llevar a cabo el contrato por medio del correo electrónico.

- i. Contratos Reactivos: Exigen de las partes el uso de herramientas adicionales de comunicación para poder llevar a cabo la contratación. Son los más comunes en sistemas de micro-pagos, contratación de servicios personalizados y venta por catálogo. Ejemplos: suscripción a algún servicio por medio de un SMS, un mensajito de texto.
 - ii. Contratos Interactivos: el mismo lugar en donde se encuentra la oferta se puede comprar el servicio, sin intermediarios ni nada por el estilo.
- b. Contrato electrónico mixto. La contratación o prestación de servicios involucra ambos sistemas tradicionales con los electrónicos. Un ejemplo sería cuando uno descarga un formulario y lo llena a mano y luego lo manda por medio de fax (Rodríguez, 2010).

1.1.2.3. Por los sujetos que son parte del contrato electrónico

- a. **Contrato electrónico de consumo:** el contrato será de consumo cuando en él participe al menos un consumidor o usuario. Ejemplo: compra de zapatos por internet.
- b. **Contrato electrónico mercantil:** el contrato será mercantil cuando todas las partes contratantes sean empresarios o profesionales, es decir que lo que se compre será usado de alguna manera y luego será vendido. Ejemplo: Compra-venta de madera para la fabricación de sillas (Burgueno, 2010).

1.1.2.4. Por el objeto del contrato: depende de lo que se venda o el servicio que se preste.

a. Contratos de entrega:

i. Contratos de entrega material, al comprar un libro por internet y luego esperar su entrega.

ii. Contratos de entrega inmaterial, la compra de un libro electrónico y tener la entrega inmediata

b. Contratos de prestación

i. Contratos de prestación instantánea

ii. Contratos de prestación diferida

1.1.2.5. ¿Qué contenido tiene el contrato electrónico?

Generalmente cualquier compraventa que se realiza a través de Internet se regula en sus diferentes aspectos a través de condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas predispuestas e incorporadas a todos los contratos que se celebran con esa empresa. El usuario ha de poder leerlas y aceptarlas antes de contratar, así como guardarlas e imprimirlas. Es importante tenerlas en cuenta ya que regulan los aspectos básicos del contrato (Gabinete Jurídico de CECU, 2012)

1.1.3. Legislación comparada

España Dentro de la regulación básica que la ley española hace de la contratación electrónica efectuada a través de la red, destacamos la siguiente normativa:

- Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (que regula en sus arts. 38 y ss. las ventas a distancia).
- Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación.
- Real Decreto-Ley 14/1999, sobre Firma.
- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre Contratación Telefónica o Electrónica con Condiciones.

Pero realmente no se establece una normativa específica hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, que incorpora al ordenamiento español 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 Sociedad de la Información.

También una breve referencia a la legislación más reciente como es:

La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que establece que las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica deberán disponer de un medio de interlocución electrónica que, mediante el uso de certificados de firma electrónica, les permita realizar los trámites de contratación electrónica. Esa previsión está dirigida únicamente a las empresas de más de cien trabajadores o que tengan la condición de gran empresa a efectos del IVA y que operan en los determinados sectores económicos (entre otros, compañías dedicadas al suministro de electricidad, agua y gas, telecomunicaciones, entidades financieras, aseguradoras, grandes superficies, transportes, agencia de viajes).

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que incorpora al ordenamiento español diversas directivas comunitarias y pretende introducir mejoras en el sistema de contratación pública, que ha reforzado considerablemente el uso de las tecnologías de la información en la contratación pública (subasta electrónica,

publicidad contractual por medios electrónicos, uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos) (Camara Madrid, 2003).

Estados Unidos De forma genérica, es posible definir el contrato como la institución social y jurídica (Mantilla Espinosa, 2007, p. 79) que surge del acuerdo de voluntades, entre dos o más sujetos, para crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos (Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia (CCBol), artículo 450. Código Civil de la República de Colombia (CCC), artículo 1495. Código de Comercio de la República de Colombia (CCoC), artículo 864. Código Civil de la República del Ecuador (CCE), artículo 1454. Código civil de la República del Perú (CCP), artículo 1351).

Ahora bien, en el punto específico de la formación del contrato electrónico se hace referencia a las normas aplicables a la coincidencia de las voluntades negociables (tradicionalmente analizadas a partir de la oferta y la aceptación), dentro de las cuales se pueden entender incorporado el deber de información posterior a la celebración del contrato (Davara, 2005). En el presente acápite se analizan los aspectos que se consideran de mayor relevancia o incidencia en la formación del contrato electrónico desde una perspectiva de derecho comparado en el marco de la CAN, con referencia a algunos elementos de carácter internacional que, desde hace ya varios años, hacen parte de la *lex mercatoria* moderna (Hernández Martínez, 2012).

Ecuador Con el apoyo de CORPECE (Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico) creada para este efecto, y con la participación activa de varios sectores interesados, se impulsó el Proyecto de Ley de Comercio Electrónico, Firmas Digitales y Mensajes de Datos. Para la elaboración y estructuración del Proyecto de Ley se invitó a una amplia base de sectores involucrados y se contó con la participación de importantes empresas del medio. Se partió de la revisión de la legislación ecuatoriana y junto con el apoyo de distintos proyectos de ley, sobre todo de la Ley Modelo propuesta por las Naciones Unidas a través de la CNUDMI

(Comisión de las Naciones Unidas para el Mercado Internacional); Directivas Europeas sobre comercio electrónico, firma digital -Directiva de Propuesta COM (1998) 586 final-98/0325 9COD) de 11 de Noviembre de 1998, modificada por la propuesta COM (1999) 427 final- 98/0325 (COD) sobre Comercio Electrónico, Directiva 97/7/CE contratos a distancia del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Directiva sobre Firma Electrónica modificada del Parlamento Europeo y del Consejo COM (1999) /95 final-98/0191 (COD), proyectos y anteproyectos de leyes de países europeos como Italia, España, Alemania, Luxemburgo, el Acta de Utah de los Estados Unidos de Norteamérica, estudios y proyectos latinoamericanos de 110 El comercio electrónico en Chile, Argentina, Uruguay, Colombia y Perú, investigaciones y publicaciones sobre el derecho de las nuevas tecnologías principalmente de universidades, así como doctrina especializada.

Es importante mencionar que este proyecto de ley recoge, además del comercio electrónico, regulaciones sobre firmas digitales y mensajes de datos. Se trata de constituir un cuerpo legal de mayor alcance y aplicación práctica.

En este punto se apega a la ley modelo de CNUDMI y, por contraste, se aparta de las Directivas de la Comunidad Europea que legislan exclusivamente el tema del documento electrónico y la firma digital, regulaciones éstas aplicables a toda clase de actos y entonos tecnológicos, aunque no tengan aplicación comercial o económica.

Sin embargo vale mencionar que no se ha tratado en el Proyecto de Ley temas como: nombres de dominio, impuestos relacionados con el tema y publicidad virtual, por citar algunos ejemplos Al margen -y a modo de dato informativo- es importante mencionar que no existe una ley sobre nombres de dominio (domain names) en el Ecuador. Estos nombres no son equiparables bajo ningún punto de vista a las marcas o cualquier otro signo distintivo, y que la entidad que los tramita y regula en nuestro país es NIC ECUADOR, sin que esto implique que no podamos acceder al

nombre de dominio de nuestra predilección directamente a través de JINTERNIC, sociedad estadounidense encargada de la administración y regulación de los nombres de dominio a nivel mundial (Romero Rosales, 2013).

Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores Ley N° 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica: principio de equivalencia del soporte electrónico y del soporte papel. Todo aquello contenido en formato electrónico tiene la misma validez que un documento en papel (Alessandro , 2015).

CAPÍTULO II: HISTORIA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

2.1. Historia

De acuerdo a Ovidio (2017) dice que:

La llegada de la tecnología a la vida del ciudadano ordinario, además de los obvios avances en materia de progreso y de nuevas expectativas, ha traído una serie de cambios que saltan a la vista. Estos avances, producto de las mentes privilegiadas de genios y hechos fortuitos que por su significación trascienden en la historia, se han producido sin la presencia de leyes especiales que las autoricen o regulen (p.1).

Continuando con Orville (1903) indica que: El 17 de diciembre 1903 en la colina de Kitty Hawk en Carolina del Norte, Orville y Wilbur Wright realizaron el primer vuelo motorizado de la historia y no existía una ley de aviación. En 1927 Charles Lindbergh y su avión, el Espíritu de San Luis, realizaron el primer vuelo sobre el océano Atlántico y tampoco había leyes que trataran los vuelos internacionales (p.1).

De acuerdo a Orville (2017) manifiesta que:

En 1969 el hombre logra de una de sus más grandes hazañas hasta la fecha, aterrizar en la luna y tampoco había leyes que regularan los viajes al espacio. Para el año 2020 probablemente llegue la primera misión tripulada a Marte con toda seguridad, para esa fecha tampoco habrá una ley que regule los viajes interplanetarios (p.1).

De acuerdo a Morse (1844) indica que:

En 1844 Samuel Morse inicio sus investigaciones relacionadas con la telegrafía. Para 1876 Alexander Graham Bell experimentaba con la telegrafía. Para 1876 Alexander Graham Bell experimentaba con el teléfono. En 1899 Guillermo Marconi realizó la primera transmisión telegráfica inalámbrica a través del Canal de la Mancha y en

1901 a través del océano Atlántico lo que valió la Premio Nóbel en 1909. Todos los avances que las telecomunicaciones presentan hoy en día se deben a estos tres hombres quienes, cuando iniciaron sus investigaciones y experimentos, no contaban con leyes que regularan la actividad (p.1 - 2).

De acuerdo a Pulido (1879) indica que:

La historia de la explotación petrolera en Venezuela se inicia en 1879 cuando Manuel Antonio Pulido y su empresa, la Petrolia del Táchira, explotaban el pozo de “Alquitrana” que producía unos cuantos litros al día.

En 1913 explota el pozo “Zumaque I” dando inicio a la más profunda transformación del país, convirtiéndose en una nación petrolera. Sin embargo, no fue hasta 1943, cuando el país ya vivía del petróleo, que se dicta la primera ley de Hidrocarburos (p.2)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que.

La tecnología y los avances no pueden esperar por la ley. La revolución informática ha traído una serie de consecuencias donde el mundo jurídico no ha quedado intacto. Lo mismo sucedió con internet, que nació a finales de los años sesenta como un proyecto militar norteamericano para garantizar las comunicaciones en caso de un desastre nuclear. En los años 80 llegó a las universidades a fin de ampliar el acceso a la información por parte de investigadores y alumnos (p.2)

Según Ovidio (2017, p.2) indica que: “La tecnología y los avances no pueden esperar por la ley. La evolución informática ha traído una serie de consecuencias donde el mundo jurídico no ha quedado intacto”.

Continuando con Ovidio nos dice que: A principios de los 90 fue descubierta por las grandes empresas que vieron un potencial tanto para ahorro en gastos operativos así como herramienta eficiente en comunicaciones y como nuevas formas de generar

negocios. (p.2)

Ovidio (2017) indica que: En 1995 el lanzamiento al mercado del primer programa browser permitió la navegación en forma sencilla, sin necesidad de conocer códigos o lenguajes especiales. Internet inicio su desarrollo en forma exponencial y hasta el momento indetenible, logrando en apenas cinco años lo que a otros medios como la radio, televisión y cine tomo lapsos significativamente superiores, llevando a las manos del ciudadano común los medios electrónicos. (p.2)

Según Ovidio (2017) indica que: “Si bien es cierto que internet no es la única herramienta electrónica que permite contratar y contraer derechos y obligaciones, es la principal, la más difundida y la más sencilla de utilizar.” (p.2)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que.

Continuando con Ovidio (2015) indica que: En Venezuela la ley Sobre Mensajes de datos y firmas Electrónicas (identificada en este trabajo por sus siglas LSMDFE) ha pasado constituir una herramienta indispensable para que nuestro país se mantenga a la vanguardia regional en materia de derecho adoptado y aplicado a las nuevas tecnologías.(p.2)

Según Olivos (2017) indica que: “Una de las consecuencias fundamentales de la informática es la contratación electrónica y este es el punto que pretende desarrollar en este trabajo bajo la luz de la nueva LSMDFE.”(p.2)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Los principios y procedimientos adoptados por esta ley son muy similares a los de otras legislaciones nacidas en momentos similares y, por tanto, estos principios aun cuando en la forma aquí expresada refieren específicamente a la LSMDFE de Venezuela, la aplicación de los mismos es similar a la de otros países de tradición romanista del derecho. (p.2)

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: Este trabajo se inicia con la determinación de la legislación aplicable de la contratación electrónica, posteriormente se analiza la Ley de Mensajes de Datos y firmas electrónicas de Venezuela como la ley especial al tomar en cuenta que la mayoría de las leyes especiales de América Latina que tocan estas áreas presentan estructuras similares. (p.2)

Ovidio (2017) manifiesta que: Seguidamente se analiza el contrato electrónico y sus elementos, los mensajes de datos como forma de por excelencia para manifestar el consentimiento por vía electrónica y del mensaje de datos como documento; posteriormente se analizará la firma electrónica como mecanismo para certificar la identidad de los contratantes, lo cual es indispensable en muchos de los contratos celebrados. (p.2)

Continuando con Ovidio (2017) indica que: “Por último, se hará un análisis del valor probatorio de los mensajes de datos según la presencia de los diferentes elementos que conforman el mecanismo supletorio establecido en la LSMDFE, valor que va desde plena prueba hasta simples indicios.” (p.2)

Según Ovidio (2017, p.2) indica que: “El resultado del trabajo arroja como conclusión que la contratación electrónica es válida con o sin ley que expresa la admita”.

2.2. Legislación aplicable a la contratación electrónica

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Uno de los más grandes dolores de cabeza para quienes debe determinar la legislación aplicable a los hechos de naturaleza electrónica y por tanto, a la contratación, es la legislación aplicable. Las dudas van desde la validez o no de la contratación electrónica hasta la legislación aplicable a los hechos y obligaciones nacidas o derivadas de hechos consumados por vía electrónica y documentos informáticos. (p.2 - 3)

Continuando Ovidio (2017) manifiesta que: Si bien es cierto que internet y otros medios electrónicos ofrecen una libertad nunca antes imaginada, esto no significa en forma alguna que las actividades realizadas por estas vías no tengan reglas o que lo que por estos medios sucede no está sometido a ningún tipo de control. El sentido es más bien contrario, es decir, que no deben diferenciarse las actividades desarrolladas por vías electrónicas de aquellas realidades en el mundo de los átomos. (p.3)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Si bien es cierto que los medios electrónicos aún no han alcanzado a todos los estratos de la población, aquellos especialmente internet, han penetrado masivamente en los medios de producción implicando beneficios para toda la sociedad en general. Este es un fenómeno multifuncional porque puede emplearse para cualquier tipo de actividad imaginable por imaginar. Por citar algunos, hoy en día las herramientas informáticas y principalmente internet, se utilizan como medio de expresión, comunicación e intercambio cultural, como herramienta de transmisión de información para el trabajo, la investigación y la educación y con fines comerciales o mercantiles para la realización de transacciones no solo entre empresarios o profesionales y entre estos sus clientes, sino también entre distintos particulares que ocasionalmente comercializan a distancia determinados productos o servicios sin convertirse por ello en profesionales. (p.3)

Continuando con Ovidio (2015) manifiesta que: Este fenómeno social está cambiando al mundo y ha traído una serie de cambios que han hecho que las estructuras existentes en muchos de los campos del mundo tridimensional se vean afectadas. (p.3)

Ovidio (2017) manifiesta que: La única diferencia de los hechos perfeccionados por medios electrónicos de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional es precisamente el medio electrónico en el cual se llevan a cabo. La compra de un libro en una librería de un centro comercial y

la compra de un libro en línea no es más que eso, la compra de un libro, de un bien mueble, siendo la única diferencia el medio en el cual se llevan a cabo, pero en su esencia son iguales. (p.3)

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: De la misma forma, lo que es ilegal en el mundo de los átomos es ilegal en la red. Es por eso que no cabe duda al firmar que la ley aplicable en la red es la ley ordinaria que aplique a cada situación o hecho particular. (p.3)

De acuerdo a Ovidio (2017, p.3) manifiesta que:

Así tenemos que para constituir una empresa dedicada a ofrecer bienes y servicios a través de Internet o empresas de altísima tecnología debemos aplicar la normativa del código de comercio; las leyes de Impuesto sobre la Renta, al Valor Agregado y la Ley de protección al consumidor son aplicables a la venta de bienes y servicios por medios electrónicos; contra cualquier hecho o publicación que constituya difamación o injuria corresponde la aplicación del Código Penal; para el caso de eventos en que intervengan ciudadanos de otros países, se realicen transacciones internacionales, cuando se cometa un delito informático en el cual se vea involucrada más de una jurisdicción, se aplicaran los tratados internacionales a que haya lugar en cada caso particular; para todo lo relativo a la contratación, se aplicará la normativa del Código Civil, el Código de Comercio y cualquier otra ley vigente según la materia de la cual se trate la convención, y así sucesivamente.

Ovidio (2017) manifiesta que: En el caso específico de internet uno de los puntos más controvertidos entre sus actores es el de la autorregulación. Un nutrido grupo de ellos, en el cual por lo general no se encuentran abogados, estima que internet es por esencia libre y que por ello debe autorregularse. Esta autorregulación consiste en la libertad que tendrían los participantes para determinar las reglas a seguir en cuanto a su comportamiento en Internet. (p.3)

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: Pero, si como señalamos anteriormente, no existe diferencia en cuanto a las actividades llevadas a cabo en la Red con aquellas similares llevadas a cabo en el mundo tridimensional, entonces, ¿Qué razón habría para excluir de la ley ordinaria a ciertas actividades, cuya única particularidad es que son llevadas a cabo en forma electrónica? Para que pueda existir la tan ansiada autorregulación debe existir primero una ley que la reconozca. (p.3)

Ovidio (2017) manifiesta que: Si bien estimamos que la autorregulación por mandato de la ley debe ser bastante difícil de obtener, si llegase a conseguirse, no tendría eficiencia más allá de las fronteras geográficas del país en el cual se dictase tal ley y si esto se hiciese mediante tratado internacional, pues solo tendría vigencia en el territorio de aquellos países que ratificasen dicho tratado. Aun así, no luce factible, al menos en un futuro inmediato, que los gobiernos del mundo opten voluntariamente por ceder su facultad de legislar sobre una materia tan importante como esta en la cual se mueve tanto dinero y tantos intereses. (p.3 - 4)

Aun en el caso que exista una ley que regule ciertas materias referentes a las actividades realizadas por medios informáticos, es decir, una ley de carácter especial, el principio general del derecho de que la ley especial, es la aplicación preferente sobre la ley general será aplicable. (Ovidio 2017, p.4)

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: En América Latina se ha empezado a legislar en esta materia y tenemos leyes especiales y proyectos de leyes en varios países tanto en materia de mensajes de datos, firmas electrónicas, delitos informáticos, privacidad de datos, etc. En Venezuela tenemos la Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas que será tocada con mayor profundidad más adelante. (p.4)

Según Ovidio (2017, p.4) indica que: “A falta de una ley especial que regule en forma específica alguno de los aspectos relacionados con la validez y eficacia del uso de medios electrónicos siempre será aplicable la ley ordinaria para

cada actividad en particular”.

Si bien es cierto que leyes que admiten y dan validez y eficacia jurídica a los medios electrónicos son beneficiosas para el desarrollo de cualquier país latinoamericano, no es menos cierto que aún sin ella siempre es posible apoyarse en la legislación existente para lograr darle valor. Prueba de ello es que el Comercio Electrónico se desarrolló en todos estos países, ha movido cantidades importantes de dinero y jamás se ha atacado su validez. Las leyes vinieron después. (Ovidio 2017, p.4)

Ovidio (2017) manifiesta que: No debe tampoco en forma específica intentarse controlar o regular las actividades de los diversos actores que intervienen por medios electrónicos o por la Red. Estas actividades están ya reguladas por las leyes ordinarias. La única diferencia entre las actividades realizadas en la Red de aquellas realizadas en el mundo “real” es el medio en el cual se llevan a cabo.

Un contrato es un contrato, una venta es una venta, y un delito es un delito por medios electrónicos o en el mundo real. (p.4)

Continuando con Ovidio (2017, p.4) manifiesta que: Las limitaciones al crecimiento del Comercio Electrónico como actividad en Venezuela y en otros países de América Latina vienen dadas en gran parte por problemas de carácter socio-económico más que tecnológico. El acceso limitado a la tecnología de la información, la desigualdad social, la pobreza y falta de educación y de oportunidades son limitantes al desarrollo de las actividades; no obstante, estas limitantes no son culpa de la tecnología, la cual, si es bien utilizada y gerenciada, puede ayudar a reducir estas limitantes.

Ovidio (2017, p.4) manifiesta que: La ineficiencia del poder judicial, tanto en Venezuela como en otros países latinoamericanos es también una limitante ya que el ciudadano no siente suficiente respaldo de sus organismos para su defensa en caso de cualquier inconveniente. Adicionalmente, el desconocimiento de los jueces de los medios electrónicos hace que la valoración de dichas pruebas pueda no resultar adecuada.

2.3. Ley sobre mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela

Según Ovidio (2017) indica que: “Venezuela, al igual que en la mayoría de los países de América Latina se ha optado por crear una ley especial que amplié todo lo relativo a la validez y eficacia probatoria de los medios electrónicos. Así nace la LSMDFE”. (p.4)

Ovidio (2017, p.4) manifiesta que: La ley sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 de la fecha 28 de febrero de 2001, quedando identificada como Decreto Ley 1204. Esta Ley, considerada por muchos expertos como una de las más avanzadas de la región permitirá el desarrollo de nuevas iniciativas en la Red así como el crecimiento de otras ya existentes.

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: Esta no es una Ley de Comercio Electrónico ya que no toca aspectos relacionados con el comercio en ninguna de sus formas ni refiere a otros que en alguna forma podrían estar asociados al comercio por medios electrónicos o a través de Internet como, por ejemplo, las normas de privacidad, ciberocupación de nombres de dominio, aspectos impositivos, penales, envió abusivo de material electrónico de contenido comercial no solicitado (conocido como SPAM), etc. (p.4)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

El objetivo de la Ley Sobre mensajes de datos y Firmas Electrónicas de Venezuela es el de otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, que pueda ser atribuida a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos. (p.4 – 5)

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: La elaboración de esta Ley se basó en tres principios fundamentales de los cuales deriva una consecuencia que define la naturaleza de la misma. Los principios sobre los cuales se desarrolló la LSMDFE fueron el de neutralidad tecnológica, la equivalencia funcional y el principio de autonomía de la voluntad de las partes; la consecuencia de la aplicación de estos principios es la no modificación del derecho derivando así la naturaleza de esta como una ley especial. (p.5)

2.3.1. Principio de neutralidad tecnológica

Según Ovidio (2017, p.5) indica que: “La LSMDFE mantiene el más estricto principio de neutralidad tecnológica con la finalidad de que permanezca vigente durante el mayor tiempo posible.”

Ovidio (2017) manifiesta que: La neutralidad tecnológica implica no favorecer unas tecnologías sobre otras ya que los estándares en esta materia deben ser impuestos por el mercado y no por la ley. Favorecer es un cuerpo legal una tecnología sobre otras es incorrecto, discriminatorio y por sobre todo, un error de técnica legislativa. Hacerlo implicaría la pronta obsolescencia de la ley haciendo inútil el esfuerzo y el tiempo dedicado a su creación y aprobación así como la salida de Venezuela del mercado electrónico. (p. 5)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Sin embargo, no podemos pretender tampoco que esta Ley sea perpetua, algún día surgirá una nueva tecnología que hoy no podemos ni siquiera imaginar que superara a todo lo hoy existente, ese día tendremos que reorganizar el sistema legal para adaptarnos a esa tecnología incluyendo a la LSMEFE o redactar una nueva ley que se adapte a esa nueva realidad. (p.5)

Carrasco (2000) manifiesta que: El principio de Neutralidad Tecnológica es la razón por la cual esta ley refiere a firma electrónica en lugar de firma digital entendiendo que la firma digital es un tipo de firma electrónica, la cual así bien es cierto que es la que se utiliza en la actualidad como preferencia, es una firma que está basada en la tecnología de dígitos (unos y ceros). Las computadoras con tecnología digital funcionan sobre la base de circuitos en los cuales la corriente tiene dos únicas alternativas, pasar o no pasar, cada una de esas señales de transforma en un dígito que puede ser un uno (1) o un cero (0), esto es lo que se conoce como lenguaje binario. (p.5)

Según Carrasco (2000) indica que: “Al momento que la tecnología digital de códigos binarios este superada o deje de tener supremacía en el mercado, las leyes que hagan referencia a la firma digital quedaran obsoletas”. (p.5)

Carrasco (2000) manifiesta que: En el proceso se entendió que si bien en la actualidad las firmas digitales son el estándar, no se debía cerrar la puerta a firmas electrónicas generadas con cualquier otra tecnología. Por esa misma razón se obvió cualquier referencia a los protocolos de claves públicas y privadas, que actualmente son los más

usados, pero por las mismas razones explicadas, no es prudente obligar a todo usuario y proveedor a adoptar esta tecnología sobre alguna otra. (p.5)

De acuerdo a Carrasco (2000) manifiesta que:

Las leyes de Alemania (1997), Colombia (1999) y Argentina (2001) se refieren a firmas digitales, las leyes de Estados Unidos (2000), España (1999), Proyecto de ley de Ecuador (2001), Directiva de la Comunidad Económica Europea (1999), modelo UNCITRAL (2001) y la reforma legislativa mejicana refieren por su parte a la firma electrónica. La firma electrónica debe entenderse como el género y la firma digital como un tipo de firma electrónica. (p.5)

Carrasco (2000) manifiesta que: Ante los constantes y rápidos cambios tecnológicos quedó expresamente previsto que estas normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, siempre orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas. (p.5)

2.3.2. Principio de equivalencia funcional

Según Ovidio (2017) indica que: “La revolución tecnológica de la última década del siglo XX permitió por primera vez la convivencia del ciudadano común con los avances producidos.” (p.5)

De acuerdo a Ovidio (2017, p.5) manifiesta que:

La tecnología está ahora al alcance de todos y se desarrolla sin esperar una ley previa que prevea las consecuencias de los avances que se van produciendo; así, nacen situaciones de carácter

tecnológico con consecuencias similares a las de algunas instituciones del mundo físico, algunas con desarrollo milenario como el documento y la firma autógrafa.

Continuando con Ovidio (2017) expresa que: Estas nuevas instituciones a las cuales podríamos denominar “instituciones electrónicas” son totalmente diferentes en su esencia a sus similares del mundo físico, lo que trae como consecuencia que la legislación nacional y en principio todas las legislaciones de los países de tradición romanista que se han fundamentado en documentos escritos, firmados u originales excluyan a los nuevos desarrollos tecnológicos por ser incompatibles con los conceptos y procedimientos de su equivalente en tales legislaciones.(p.6)

Ovidio (2017) manifiesta que: Sin embargo, estas “instituciones electrónicas” son similares en sus efectos y consecuencias a sus correlativas del mundo físico y por esta única razón, en lugar de “inventar” un desarrollo legislativo para estas nuevas instituciones de carácter netamente tecnológicas y con tiempo de vida muy cortos, se las equipara con sus similares del mundo físico, que ya han sido desarrolladas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia haciéndolas equivalentes solo en lo que respecta a dichos efectos y consecuencias. Este es el principio de la equivalencia funcional. (p.6)

Según Ovidio (2017, p.6) indica que: “La equivalencia funcional en la LSMDFE se da principalmente entre las firmas electrónicas y las firmas autógrafas y entre los documentos escritos y mensajes de datos”.

2.4. Las firmas electrónicas en relación con las firmas autógrafas

Según Ovidio (2017) indica que: “Las firmas electrónicas en su esencia son total y absolutamente diferentes a las firmas autógrafas. Una firma electrónica es producida por un software y una firma autógrafa es una manifestación de la personalidad.” (p.6)

De acuerdo a Ovidio (2017, p.6) manifiesta que:

Sin embargo, la finalidad de ambas es la misma, atribuir la autoría de un documento y la aceptación del contenido del mismo, sea en papel o forma de mensaje de datos. La Ley por tanto, las asimila solo en lo que refiere a sus efectos y consecuencias al atribuirle a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa.

Ovidio (2017) manifiesta que: La guía por la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo UNCITRAL de Firmas Electrónicas del año 2001 entiende a la firma “firma electrónica” como las diversas técnicas disponibles en el mercado con la finalidad de que algunas o todas las funciones identificadoras de la firma manuscrita se puedan cumplir en el entorno electrónico. (p.6)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Las medidas de seguridad en el proceso de obtención de una firma electrónica así como del certificado que la garantiza pueden venir dados por técnicas criptográficas, simétricas o asimétricas, o por cualquier otro mecanismo de seguridad. La LSMDFE en cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica no favorece la utilización de alguna técnica de seguridad sobre otra exigiendo solamente el

cumplimiento de los requisitos establecidos en su artículo 16 para otorgar a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria de la firma autógrafa. (p.6)

2.5. Mensajes de datos en relación con los documentos

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Con los mensajes de datos sucede lo mismo que se ha señalado respecto de las firmas electrónicas, es decir, no caben en la categoría de los documentos escritos tradicionales como su equivalencia funcional. No obstante, la LSMDFE los equipara en cuanto a su eficacia probatoria a los documentos escritos.

Los mensajes de datos serán tratados a profundidad en el Capítulo III.
(p.6)

2.6. Principio de la autonomía de la voluntad de las partes

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

El tercer principio respetado en la redacción de la LSMDFE es el de la autonomía de la voluntad de las partes.

El régimen establecido de firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y solo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alternativo. (p.6)

Ovidio (2017, p.6 – 7) manifiesta que: La autonomía de la voluntad de las partes y por tanto, la supletoriedad del régimen aplicable se extiende también a: i) la verificación tanto de la emisión como de la oportunidad de emisión del mensaje de datos; ii) la determinación de los mecanismos para la recepción de los mensajes de datos; iii) la determinación del lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, de donde deriva la jurisdicción y leyes aplicables en una relación jurídica; iv) acuse de recibo y mecanismo para

verificarlo.

2.6.1. No modificación del derecho

Según Ovidio (2017) indica que: “La consecuencia de la aplicación de los tres principios antes señalados es la no modificación del derecho. La LSMDFE no crea ni modifica en forma alguna ley existente ni se impone en su aplicación sobre otras leyes existentes”. (p.7)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

La LSMDFE es en su naturaleza una ley especial. Por tanto, debe ser aplicada con preferencia sobre cualquier otra norma en todo lo que refiere al reconocimiento, eficacia y valor jurídico de la firma electrónica, los mensajes de datos y toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.(p.7)

Ovidio (2017) manifiesta que: Como se ha señalado, la única diferencia de los hechos llevados a cabo en la Red de aquellos perfeccionados en el mundo tridimensional es el medio electrónico a través del cual se desarrollan, por tanto, las leyes ordinarias del mundo físico se aplican en lo que corresponden a los hechos provenientes de Internet salvo la presencia de una ley especial, como en el caso de la LSMDFE, que será de aplicación preferente en lo que respecta a las materias de su especialidad. (p.7)

2.7. El Contrato Electrónico

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Determinada la legislación aplicable e independientemente de la presencia o no de una ley especial de aplicación preferente, debemos determinar la forma

en la cual el documento electrónico entra a formar parte integrante de una relación contractual o generadora de derechos y obligaciones (p.7)

De acuerdo a Maduro (1983) manifiesta que:

En cuanto a la esencia del contrato el destacado jurista venezolano Eloy Maduro Luyando señala que “el contrato es el instrumento por excelencia para que un hombre en sociedad pueda satisfacer sus necesidades”. Siendo ésta la finalidad esencial de esta institución es lógico inferir que la satisfacción de tales necesidades debe adaptarse a los distintos avances tecnológicos que le hagan la vida más sencilla. Esta es nuestra primera aproximación a la validez del contrato electrónico con o sin la existencia previa de una ley que le conceda expresa eficacia. (p.7).

Maduro (1983) manifiesta que: De esta norma rectora de la contratación en el ordenamiento jurídico venezolano es artículo 1133 del código civil que establece que “el contrato es una convención entre dos o más personas que constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”. (p.7)

Continuando con Maduro (1983) manifiesta que: De esta norma no puede inferirse de forma alguna que el documento electrónico incumpla las finalidades allí señaladas. La amplitud de la norma cuya finalidad evidente es la de buscar siempre la validez del contrato no deja duda en cuanto a que la contratación por medios electrónicos, informáticos o vía internet es válida sin necesidad de una ley previa que lo admita o reconozca validez en forma expresa. El punto que queda por dilucidar es entonces como se incorporan en el formato electrónico los elementos del contrato.

2.7.1. Elementos del contrato electrónico

El Artículo 1141 del Código Civil señala que “las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de

las partes; 2° Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3° Causa lícita.”

Según Maduro (1983, p.7) indica que: “Nuevamente, la amplitud de la norma evidencia que no hay necesidad de una ley previa que permita el cumplimiento de estos requisitos fundamentales por vía electrónica”.

Maduro (1983) manifiesta que: Estos elementos esenciales del contrato, así como lo relativo a las fases de la contratación, no presentan diferencias de fondo por el hecho que la contratación se realiza por vía electrónica. Las diferencias fundamentales entre la contratación tradicional y la electrónica se dan por el medio a través del cual se manifiestan y no son en forma alguna de naturaleza. (p.7)

De acuerdo a Maduro (1983) manifiesta que:

Estos elementos esenciales del contrato, así como lo relativo a las fases de la contratación, no representan diferencias de fondo por el hecho que la contratación se realiza por vía electrónica. Las diferencias fundamentales entre la contratación tradicional y la electrónica se dan por el medio a través del cual se manifiestan y no son en forma alguna de naturaleza. (p.7)

De acuerdo a Maduro (1983) manifiesta que:

EL objetivo y la causa del contrato no presentan variaciones de fondo por el hecho de que la contratación se realice en formato electrónico, por esto los tocaremos primero en forma breve para luego profundizar en la manifestación del consentimiento, elemento más delicado en la contratación, electrónica o no. (p.7)

2.7.2. El objeto

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

El objeto del contrato es la prestación, actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en beneficio de su acreedor. Pueden ser prestaciones o conductas de dar, de hacer o de no hacer, de medio o de resultado, puede consistir en la realización de una actividad o en la transmisión de un derecho.

Según el artículo 1155 del Código Civil el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable. (p.8)

2.7.3. La causa

Ovidio (2017) manifiesta que:

La causa es la razón por la cual se ha realizado un contrato, el fin inmediato perseguido con la obligación contraída. Es un elemento subjetivo muy discutido por la doctrina en el cual no profundizaremos. (p.8)

De acuerdo a Ovidio (2017, p.8) manifiesta que:

El Código Civil hace breves referencias a la causa de los contratos. El artículo 1157 señala que la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto y que la causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. El artículo 1158 señala que el contrato es válido aunque la causa no se exprese y que la causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.

Según Ovidio (2017) indica que: “Se evidencia que la causa como elemento esencial de validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que este se celebre por vía electrónica”.

2.7.4. El consentimiento.

De acuerdo a Maduro (1983, p.8) indica que

Es el fundamental y más delicado de los elementos de un contrato cualquier sea su tipo, naturaleza o forma de perfeccionarse. El consentimiento es la manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre que expresa el acuerdo de un sujeto de derecho respecto de un acto externo propio o ajeno.

La ley venezolana no presenta limitaciones en cuanto a la forma o medio de manifestación del consentimiento. Este puede manifestarse verbalmente, por escrito, por señales de humo, por sonido de tambores o por vía electrónica. La forma por excelencia manifestar el consentimiento por vía electrónica es a través de un mensaje de datos. (Maduro 1983, p.8)

Continuando con Maduro (1983) Por eso concluimos sin lugar a equivocación que el uso de la informática como medio de expresión para la comunicación entre las personas es un medio valido para contraer derechos y obligaciones, con o sin ley especial o general que lo admita o reconozca como tal. (p.8)

De acuerdo a Maduro (1983) manifiesta que:

La forma por excelencia para identificarse electrónicamente son las firmas electrónicas. El régimen establecido en la ley para las firmas y certificados electrónicos de firmas es de carácter supletorio y solo es aplicable en caso que las partes no hayan acordado previamente un procedimiento alterno.

Ovidio (2017) manifiesta que: Cabe señalar que la ley especial busca siempre la validez del contrato electrónico, por ello establece que sus normas deben ser desarrolladas e interpretadas, orientadas a siempre reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firma electrónicas. (p.8)

Según Ovidio (2017) indica que: “Para profundizar en el estudio del mensaje de datos como medio valido para manifestar el consentimiento lo haremos desde la óptica de la Ley Sobre Mensajes Capítulo V”. (p.8)

2.8. Los mensajes de datos

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

La forma por excelencia de manifestar el consentimiento o voluntad por vía electrónica es por medio de un mensaje de datos. Según la definición de la LSMDFE de Venezuela, mensaje de datos es toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio. (p.8)

Ovidio (2017) manifiesta que: Con los mensajes de datos sucede algo similar o lo señalado con relación a las firmas electrónicas, no caben en la categoría de los documentos escritos tradicionales, sin embargo, la LSMDFE los equipara en cuanto a su eficacia probatoria a los documentos escritos. (p.8)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Así, señala el artículo 4 de la LSMDFE que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, por tanto, la manifestación de voluntad o de consentimiento realizado por esta vía tendrá la misma eficacia. (p.8 - 9)

Continuando con Ovidio (2017, p.9) manifiesta que: Por ello, todas las fases previas de contratación como ofertas, contraofertas y manifestaciones de voluntad pueden darse por vía electrónica. La oferta electrónica será tratada en forma aparte en el punto 3 de este capítulo.

Ovidio (2017) manifiesta que: Por ello, todas las fases previas de contratación como ofertas, contraofertas y manifestaciones de voluntad puede darse por vía electrónica. La oferta electrónica será tratada en forma aparte en el punto 3 de este capítulo. (p.9)

2.8.1. Los mensajes de datos como medio de manifestación del consentimiento

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

En el medio electrónico es muy frecuente no conocer a la persona con quien se contrata y en muchas oportunidades conocerla no es importante, relevante o esencial en una

negociación. Sin embargo, para que la manifestación de voluntad sea válida, especialmente en muchos casos es importante determinar o hacer determinable a la persona que ha manifestado su consentimiento para contratar.

Según Ovidio (2017) indica que: “Los conceptos de incapacidad contractual ya sea por defecto de edad, intelectual o por limitación legal son relevantes al momento de contraer obligaciones y a través de los medios electrónicos puede resultar difícil determinar esta circunstancia”. (p.9)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

El artículo 1148 del Código Civil venezolano señala que es causa de anulabilidad del contrato el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato. Cabe señalar en este momento una famosa caricatura de la revista “The New Yorker” que presentaba esta situación en forma muy clara al mostrar a dos perros frente a una computadora acompañado de la leyenda “en Internet, nadie sabe que somos perros”. (p.9)

Según Ovidio (2017) indica que: “Para estos casos, la LSMDFE establece mecanismos para determinar la validez y eficacia del consentimiento manifestado por personas determinadas y determinables.” (p.9)

Según Ovidio (2017) indica que: “Esta normativa es de aplicación supletoria, es decir, se aplicara solamente en caso que las partes no hubiesen determinado la aplicación de otro régimen”. (p.9)

Ovidio (2017, p.9) manifiesta que: Podemos citar como ejemplos cotidianos de convención entre las partes para identificarse en ambientes electrónicos a las claves asociadas a las tarjetas para el uso de cajeros electrónicos de instituciones bancarias, login asociado a una clave password para la realización de operaciones bancarias y pagos a través de servicios en línea de instituciones bancarias; acceso a secciones privada de sitios web con el ingreso de una clave; diversos medios de identificación en redes cerradas como EDI (Electronic Data Interchange), Bolero, red SWIFT (society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications).

Según Ovidio (2017) indica que: “Los mecanismos supletorios establecidos en la LSMDFE de Venezuela para atribuir la autoría de un mensaje de datos otorgándole así validez y eficacia probatoria serán tratados en forma más amplia en el Capítulo V”. (p.9)

2.8.2. Los mensajes de datos como documentos

De acuerdo a CARNELUTTI (2017, p.9) manifiesta que:

Sin pretender profundizar en materia documental ya que no es el fin del presente trabajo, podemos señalar como principales diferencias entre el documento escrito y el mensaje de datos equivalente la forma en la cual se presentan sus características de inmediatez y permanencia.

De acuerdo a Carnelutti (2017) manifiesta que:

El documento escrito es inmediato, la individualidad del hecho a representar se traduce inmediatamente en un objeto exterior y

su soporte material es por excelencia el papel. Esto no sucede con el documento electrónico, su formato es el electrónico con independencia de su soporte material y por tanto, su movilidad, traslado y archivo debe hacerse en formato electrónico, lo que trae como consecuencia para acceder a su contenido se deba utilizar un equipo que disponga de los elementos necesarios para la comprensión de su contenido. (p.9)

Ovidio (2017) manifiesta que: En cuanto a la característica de permanencia, si bien un documento en formato electrónico puede permanecer inalterable en el tiempo probablemente por un lapso superior al de un documento soportado en papel, el mismo debe poder ser accesado en el futuro. La tecnología evoluciona con mucha rapidez, razón por la cual es perfectamente posible que al momento en el cual se deba acceder a un documento en formato electrónico la tecnología bajo la cual fue archivado este superada y no se disponga, o sea muy difícil disponer de los elementos necesarios para acceder a él. A estos efectos, la LSMDFE estipula que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, dicho requisito quedara satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. (p. 8 - 9)

Otra diferencia fundamental entre los documentos escritos y los electrónicos radica en el concepto de “documentos original”. El documento escrito original es uno solo del cual luego podrán obtenerse copias simples o certificadas. Los documentos inscritos en registros públicos y notarias son claros ejemplos de lo anterior. En cambio, una de las características del formato electrónico es la posibilidad de obtener un número indeterminado de copias con las mismas características del

original. (Ovidio 2017, p.10)

Continuando con Ovidio (2017) Lo anterior es relevante a tenor de lo establecido en Capítulo V, Título III del Libro Tercero del CCV referente a la prueba por escrito y sus efectos y del Capítulo V, Título II del Libro Segundo del CPC referente a la prueba por escrito y al momento de presentar los documentos originales en juicio, de la indicación del lugar donde se encuentran y de los efectos que producen. (p.10)

No obstante las diferencias señaladas, la LSMDFE atribuye a los mensajes de datos los mismos efectos de los documentos escritos desde tres casos principalmente:

2.8.3. Mensajes de datos con relación a los documentos en materia probatoria

Según Ovidio (2017) indica que: “La LSMDFE señala que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos”.

2.8.4. Mensajes de datos con relación al cumplimiento de formalidades

Según Ovidio (2017) indica que: Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, estas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos en ella establecidos. (p.10)

2.8.5. Mensajes de datos con relación a los documentos en cuanto a la privacidad

Según Ovidio (2017) indica que: “Los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal.” (p.10)

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Esta disposición, si bien es redundante e innecesaria, dado que los mensajes de datos estarán sometidos a todas las disposiciones constitucionales y legales sobre privacidad e información personal aun cuando esta norma no formara parte del texto de la Ley, permite establecer, entre otros, una equivalencia de los mensajes de datos con la correspondencia ordinaria, con los documentos privados de la personas y con el uso que se da a las herramientas tecnológicas provistas por el patrono con motivo de la relación de trabajo. (p.10)

2.9. Cumplimiento de formalidades en contrataciones electrónicas

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

En Venezuela es de la naturaleza del fideicomiso que este sea otorgado en forma autentica; lo mismo sucede con la constitución de hipotecas; en el caso de testamentos cerrados es requisito de validez que se otorgue ante Registrador Subalterno; la venta de inmuebles solo es oponible a terceros

con su inscripción ante la Oficina de Registro Subalterno de la jurisdicción del inmueble; y así muchos otros ejemplos. (p.10)

Estas son situaciones en las cuales no obstante lo anterior, la sola manifestación válida del consentimiento no es suficiente para perfeccionar el contrato o hecho jurídico o para que este sea oponible ante terceros. Para estos casos en que algunas formalidades sean necesarias la LSMDFE tiene algunas previsiones. (Ovidio 2017, p.10)

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: El aparte final del artículo 1 señala que la utilización de certificados electrónicos en los términos en ella establecidos no excluye el cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación que, de conformidad con la ley, requieran determinados actos o negocios jurídicos. Es decir, cuando por mandato legal se requiera el cumplimiento de una formalidad esta debe ser cumplida y no se considera satisfecha por el solo hecho de utilizar un certificado electrónico. (p. 10 -11)

Cabe señalar que las formalidades de autenticación o publicidad se cumplen por la participación de un funcionario público investido con autoridad para dar fe pública. En el momento en el cual ese funcionario utilice los mecanismos establecidos en la Ley podrá dar el carácter de autenticidad o publicidad necesarias para la validez o eficacia de un acuerdo. Ovidio (2017, p.11).

Según Ovidio (2017, p.11) indica que: “En respuesta a esta situación el artículo 6 señala que cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, estas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos en

ella descritos”.

Dos disposiciones de la LSMDFE obligan al Estado o tomar las medidas necesarias para que esto se pueda lograr. El artículo 3 obliga al Estado a adoptar las medidas que fueren necesarias para que los organismos públicos puedan desarrollar sus funciones, utilizando los mecanismos descritos en la ley y la disposición final tercera que obliga al estado crear un Proveedor de Servicios de Certificación de carácter público, conforme a las normas del presente Decreto Ley. Ovidio (2017, p.11).

De acuerdo a Ovidio (2017, p.11) manifiesta que:

Cuando estos mecanismos hayan sido implementados y un notario Público este en capacidad de cumplir sus funciones en línea mediante la emisión de certificados electrónicos se podrán vender vehículos, otorgar poderes constituir fideicomisos en línea. Cuando la Oficina de Registro Subalterno correspondiente este en capacidad de cumplir sus funciones en línea mediante la emisión de certificados electrónicos en la forma establecida en la LSMDFE se podrá vender inmuebles, constituir en la LSMDFE se podrá vender inmuebles, constituir hipotecas y hacer testamentos en línea con todas las formalidades exigidas por la Ley.

Según Ovidio (2017, p.11) indica que: “Sin embargo, el cumplimiento de lo anterior no es suficiente, es indispensable además que la información que está contenida en el mensaje de datos sea accesible para su ulterior consulta tal como lo ordena el artículo 8”.

Un ejemplo muy claro y no necesariamente de laboratorio sería la necesidad de valerse del contenido de un mensaje de datos en formato del programa Word Star que fue el procesador de palabras más popular de finales de los años 80 y principios de los 90 archivados en un diskette de 5+ pulgadas que era el más utilizado en esa época.

Debe contarse con las herramientas necesarias para acceder al mismo al momento en que pretenda valerse de él. Ovidio (2017, p.11).

2.10. La oferta electrónica

Según Ovidio (2017, p.11) indica que: “El artículo 15 de la LSMDFE señala que en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensajes de datos”.

Las reglas generales para la oferta como etapa previa aun contrato tienen reglas de carácter general establecidas en los artículos 1137 al 1139 del Código Civil para las contrataciones en materia civil y en los artículos 110 y 111 del Código de Comercio para las contrataciones de carácter mercantil. Ovidio (2017, p.11).

De acuerdo a Ovidio (2017, p.11) manifiesta que:

Cuando la oferta se realiza por medios electrónicos, es decir, por vía de un mensaje de datos debe aplicarse los postulados de los artículos 10 al 14 de la LSMDFE referentes a la emisión y recepción de los mensajes.

Todas estas normas son de carácter supletorio, es decir, solo se aplicaran en caso que las partes no hubiesen acordado en forma previa un mecanismo alternativo.

Continuando con Ovidio (2017, p.11) El artículo 10 señala que salvo prueba en contrario un mensaje de datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del emisor lo remita al destinatario y se considerara recibido por el destinatario a tener del artículo 11 en uno de los siguientes casos: a) si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información designado; b) si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el mensaje de datos en un sistema de información utilizado regularmente por el destinatario.

De acuerdo a Ovidio (2017, p.11 – 12) manifiesta que:

Cuando el lugar de emisión y recepción de la oferta sean relevantes a los efectos de determinar la jurisdicción y legislación aplicable el artículo 12 de la LSMDFE establece que el mensaje de datos e tendrá por emitido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Los efectos de un mensaje de datos y en el caso que nos ocupa, la oferta realizada por medios electrónicos, puede ser condicionada por el emisor a un acuse de recibo del destinatario, para ello podrán establecer un plazo. La no recepción de dicho acuse de recibo dentro del plazo convenido, dará lugar a que se tenga el mensaje de datos como no emitido Ovidio (2017, p.12).

Continuando Ovidio (2017, p.12) con Si las partes no han establecido un plazo para la recepción del acuse de recibo, el mensaje de datos se tendrá por no emitido si el destinatario

no envía su acuse de recibo en un plazo de veinticuatro horas a partir de su emisión. Cuando el emisor reciba el acuse de recibo del destinatario conforme lo hayan acordado el mensaje de datos surtirá todos sus efectos.

Nótese la diferencia con la oferta en materia civil y mercantil donde la no aceptación de la oferta en el plazo estipulado lo hace presumir como rechazada, en el caso de la oferta por vía e mensaje de datos esta es considerada como no realizada. Ovidio (2017, p.12).

Continuando con Ovidio (2017, p.12). Si las partes no han acordado un mecanismo para determinar el acuse de recibo del mensaje de datos, se considerara como acusada la respuesta y, por tanto, que dicho requisito se ha cumplido en alguno de los siguientes casos: a) toda comunicación del destinatario que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al emisor que ha recibido su mensaje de datos.

2.11. La Firma Electrónica

Según Ovidio (2017, p.12) indica que: “En el contexto de la contratación electrónica, la firma electrónica es el elemento por excelencia para la determinación de la identidad de quien envía un mensaje de datos y por tanto, la validez del consentimiento manifestado por este medio”.

Según Ovidio (2017, p.12) indica que: “Una firma electrónica es la información creada o utilizada por el signatario, asociada inequívocamente a un mensaje de datos que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado”.

La finalidad y efectos de la firma electrónica y la firma autógrafa son los mismos, es decir atribuir la autoría de un documento y la aceptación de su contenido. La LSMDFE las asimila solo en lo que refiere a sus efectos atribuyendo a la firma electrónica la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa y siempre que en forma concurrente permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de este. La firma electrónica podrá formar parte integrante del mensaje de datos, o estar inequívocamente asociada a este; enviarse o no en un mismo acto. Ovidio (2017, p.12).

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que: Salvo que las partes dispongan otra cosa, para que la firma electrónica tenga la misma validez y eficacia de la firma autógrafa deberá llenar los extremos señalados en su artículo 16 que son los siguientes: a) garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad; b) ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; c) no alterar la integridad del mensaje de datos. (p.12).

La firma electrónica que no cumpla con estos requisitos señalados no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en la ley, es decir, no tendrá la misma validez y eficacia que la Ley da a la firma autógrafa, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. Ovidio (2017, p.12).

Según Ovidio (2017, p.12) indica que: “El régimen de firma electrónica establecido en la LSMDFE de Venezuela es de carácter supletorio y solo se aplicara en caso que las partes no hayan determinado un régimen de aplicación preferente”.

Este régimen supletorio comprende cinco elementos principales cuya presencia dan un diferente grado de validez o eficacia a la firma

electrónica y al documento. Estos elementos son: a) el mensaje de datos; b) la firma electrónica; c) el certificado electrónico; d) el proveedor de servicios de certificación; e) la Superintendencia de Servicios de Certificación.

Los dos primeros elementos ya han sido tratados a lo largo de este trabajo por lo que aquí se hará referencia solamente a los últimos tres. Ovidio (2017, p.12 - 13).

2.11.1. Certificado electrónica

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

Como punto previo para el estudio de los certificados electrónicos de firma, es necesario señalar que la presencia de un certificado electrónico en un mensaje de datos implica la existencia de una firma electrónica que está siendo certificada por el mismo. La presencia de una firma electrónica no implica necesariamente la presencia de un certificado electrónico (p.13).

El certificado electrónico es un mensaje de datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que atribuye certeza y validez a la Firma electrónica. El certificado electrónico garantiza la autoría de la firma electrónica que certifica y la integridad del mensaje de datos, pero no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que en tal carácter suscriban. Ovidio (2017, p.13).

Continuando con Ovidio (2017) manifiesta que Para cumplir su finalidad en los términos señalados en la LSMDFE, el certificado electrónico debe contener al

menos la siguiente información: a) identificación del proveedor de Servicios de Certificación que proporciona el certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica; b) el código de identificación asignado al Proveedor de Servicios de certificación de la Superintendencia de Servicios de certificación electrónica; c) identificación del titular del certificado electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica; d) las fechas de inicio y vencimiento del periodo de vigencia del Certificado Electrónico; e) la firma electrónica del Signatario; f) un serial único de identificación del certificado electrónico; g) cualquier información relativa a las limitaciones de uso, vigencia y responsabilidad a las que esté sometido el certificado electrónico (p.13).

El certificado electrónico tiene otros nombres aun cuando la misma función en otras legislaciones. El proyecto de Ley de firmas digitales de Argentina del año 2000 los denomina certificados digitales; la ley alemana de 1997 los refiere certificados de clave de firma; el proyecto de ley de Comercio Electrónico de Ecuador habla de certificados de firma electrónico y son llamados simplemente certificados en la Ley Modelo de Firmas Electrónicas de UNCITRAL (2001), ley de Colombia (1999), ley de España (1999), Directiva de la Comunidad Económica Europea (1999) y el proyecto de la ley de Chile (2000). Ovidio (2017, p.13).

Según Ovidio (2017, p.13) indica que: “La LSMDFE contiene en sus artículos 38 al 44 normativa sobre la contratación, cancelación, suspensión y responsabilidad del titular sobre su certificado electrónico y la validez de

los certificados electrónicos extranjeros”.

2.11.2. Proveedor de servicios de certificación

Según Ovidio (2017, p.13) indica que: “El Proveedor de Servicios de Certificación es toda persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y además actividades previstas en la Ley”.

En Venezuela la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica es obligatoria a fin de que los certificados de firma electrónica que provean den a las mismas, el pleno derecho, la validez y eficacia jurídica que la ley otorga a la firma autógrafa. Otras legislaciones, como por ejemplo la española (1999) y el proyecto chileno (2000) dejan a la voluntad del proveedor de servicios de decisión de acreditarse. No obstante la LSMDFE tiende siempre hacia la validez de la firma y de su certificado. Ovidio (2017, p.13).

De acuerdo a Ovidio (2017, p.13) manifiesta que

Los certificados electrónicos proporcionados por los Proveedores de Servicios de Certificación garantizaran la validez de las firmas electrónicas que certifiquen, y la titularidad que sobre ellas tengan sus signatarios.

No obstante, su validez y eficacia jurídica como equivalente a una firma autógrafa queda supeditada a su inscripción ante la Superintendencia o la prueba del cumplimiento de los extremos del artículo 16.

Los Proveedor de Servicios de Certificación dado el delicado servicio que prestan deben cumplir con una serie de requisitos mínimo para poder acreditarse como tales ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica. Estos están establecidos en el artículo 31 y son entre otros: a) capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como Proveedor de Servicios de Certificación; b) capacidad y elementos técnicos necesarios para proveer certificados electrónicos; c) garantizar un servicio de suspensión, cancelación y revocación, rápido u seguro, de los certificados electrónicos que proporcione; d) proporcionar un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se publiquen las políticas y procedimientos aplicados para la prestación de sus servicios, así como los Certificados Electrónicos que hubiere proporcionado, revocado, suspendido o cancelado y las restricciones o limitaciones aplicables a éstos; e) garantizar que en la emisión de los Certificados Electrónicos que provea se utilicen herramientas y estándares adecuados a los usos internacionales, que estén protegidos contra su alteración o modificación, de tal forma que garanticen la seguridad técnica de los procesos de certificación; f) en caso de personas jurídicas, éstas deberán estar legalmente constituidas de conformidad con las leyes del país de origen; g) contar con el personal técnico adecuado con conocimiento especializado en la materia y experiencia en el servicio a prestar. Ovidio (2017, p.13 - 14).

De acuerdo a Ovidio (2017, p14) manifiesta que:

La LSMDFE contiene en sus artículos 31 al 37 la normativa sobre la acreditación de los proveedores de servicios de certificación ante la superintendencia, sus obligaciones y las medidas a tomar en caso de que el proveedor fuese a cesar en la prestación del servicio.

Establece igualmente la LSMDFE que los Proveedores de Servicios de Certificación podrán realizar las siguientes actividades: a) proporcionar, revocar o suspender los distintos tipos o clases de certificados electrónicos; b) ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas electrónicas; c) ofrecer servicios de archivo cronológicos de las firmas electrónicas certificadas por el Proveedor de Servicios de Certificación; d) ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos; e) garantizar certificados electrónicos proporcionados por Proveedores de Servicios de Certificación extranjeros. Ovidio (2017, p.14)

2.11.3. La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica es un servicio autónomo con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión, en las materias de su competencia, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Tiene por objeto acreditar, supervisar y controlar, a los Proveedores de

Servicios de Certificación, sean estos públicos o privados (p.14).

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica otorgará la acreditación y la correspondiente renovación a los Proveedores de Servicios de Certificación, revocará o suspenderá la acreditación otorgada cuando se incumplan las condiciones, requisitos y obligaciones establecidas en la Ley; mantener, procesar, clasificar, resguardar y custodiar el Registro de los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados; verificar que los Proveedores de Servicios de Certificación cumplan con los requisitos contenidos en el presente Decreto-Ley y sus reglamentos; supervisar las actividades de los Proveedores de Servicios de Certificación; inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios realizados por los Proveedores de Servicios de Certificación; abrir, de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos relativos a presuntas infracciones; actuar como mediador en la solución de conflictos que se susciten entre los Proveedores de Servicios de Certificados y sus usuarios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas, sin perjuicio de las atribuciones que tenga el organismo encargado de la protección, educación y defensa del consumidor y el usuario, conforme a la ley que rige esta materia; tomar las medidas preventivas o correctivas que considere necesarias conforme a lo previsto en la Ley e imponer las sanciones establecidas en la Ley. Ovidio (2017, p.14)

2.12. Valor Probatorio de los Mensajes de Datos

En virtud de lo anterior podemos determinar que la presencia o no de cada uno de los elementos, que conforman el régimen supletorio de firmas establecido por la LSMDFE de Venezuela, dará una mayor o menor eficacia y valor probatorio al mensaje de datos al cual estén asociados. Ovidio (2017, p.14)

De acuerdo a Ovidio (2017, p.14) manifiesta que:

El valor probatorio de los mensajes de datos según la presencia de los elementos o la prueba del cumplimiento de algunos extremos son: plena prueba, elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica, valor de simple indicio.

2.12.1. El mensaje de datos hace plena prueba

A tenor de lo establecido en la LSMDFE el mensaje de datos hace plena prueba en cinco (5) casos que serán explicados a continuación. Si el documento es público será plena prueba erga omnes, si el documento es privado hará plena prueba entre las partes. Ovidio (2017, p.14)

De acuerdo a Ovidio (2017, p.14 - 15) manifiesta que:

En primer lugar tenemos el mensaje de datos en el cual están presentes todos los elementos, es decir, un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por medio de un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Según lo establecido en el artículo 18 de la LSMDFE la firma electrónica que cumpla estas condiciones, se considera que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16. Al cumplir estos requisitos el mensaje de datos tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa, es decir, hará plena prueba. Ovidio (2017, p.15)

Continuando con Ovidio (2017, p.15) manifiesta que: El siguiente caso presenta un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por medio de un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación no acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

De acuerdo a Ovidio (2017, p.15) manifiesta que:

En este caso debe probarse que la firma electrónica cumple con los extremos del artículo 16, es decir: a) la garantía de que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad; b) que ofrece seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; e) que no altera la integridad del mensaje de datos.

Según Ovidio (2017) indica que: “Si se prueba el cumplimiento de estos extremos el mensaje de datos tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa que es el de hacer plena prueba (p.15).

Ovidio (2017, p.15) manifiesta que: Idéntica suerte corren los mensajes de datos al cual está asociada solamente una firma electrónica. El texto del artículo 16 es muy claro al señalar que si la firma electrónica

permite vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuirle su autora tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa si se prueban el cumplimiento de los extremos de dicho artículo.

De acuerdo con Ovidio (2017) manifiesta que:

En el siguiente caso tenemos un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación extranjero. Hará plena prueba siempre que tales certificados sean garantizados por un proveedor de servicios de certificación, debidamente acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica que los garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, cumpliendo con todos de los requisitos, seguridad, validez y vigencia del certificado (p.15).

Continuando con Ovidio (2017, p.15) indica que: Cabe señalar que el mensaje de datos al cual le falte alguno de los elementos establecidos en la Ley hará plena prueba si existe una convención previa entre las partes ya que como se ha mencionado, este régimen es supletorio y la autonomía de la voluntad de las partes está por encima de cualquiera de las normas establecidas en la LSMDFE.

2.12.2. El mensaje de datos constituye un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

De acuerdo a Ovidio (2017) manifiesta que:

En caso que el mensaje de datos carezca de alguno de los elementos señalados anteriormente y no pueda probarse el cumplimiento de los extremos del artículo 16 el mismo no hará

plena prueba. Sin embargo, el espíritu de la LSMDFE es el de no negar validez de los mensajes de datos ni de las firmas electrónicas. Se nos presentan tres casos es los cuales el mensaje de datos constituye un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica de quien tenga la facultad de decidir. (p.15).

Ovidio (2017, p.15) manifiesta que : Ante un mensaje de datos al cual esté asociada una firma electrónica, debidamente certificada por un certificado electrónico de firma emitido por un proveedor de servicios de certificación no acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, donde el cumplimiento de los extremos establecidos en el artículo 16 no es probado; este mensaje de datos no tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga al documento que contiene una firma autógrafa, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

Si la firma electrónica presenta un certificado electrónico de firma extranjera no garantizado por un proveedor de servicios de certificación, debidamente acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, constituirá un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica. Ovidio (2017, p.15)

Según Ovidio (2017, p.15 – 16) indica que “El mensaje de datos que tenga asociada una firma electrónica no certificada a través de un certificado electrónico debe ser apreciado como un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica”.

2.12.3. Otra valoración

De acuerdo con Ovidio (2017, p.16) manifiesta que:

Hay dos casos adicionales en los cuales los mensajes de datos tienen una valoración inferior a las señaladas anteriormente, que son el mensaje de datos no asociado a una firma electrónica y el mensaje de datos impreso. Nótese que nuevamente no se le niega valor ni validez.

Continuando con Ovidio (2017, p.16) manifiesta: El mensaje de datos no asociado a una firma electrónica y, por tanto, sin certificado electrónico como lo puede ser el simple envío de un mensaje por correo electrónico sólo tiene el valor de un indicio. Debe ser acompañado de otros medios de prueba que sustenten los hechos contenidos en el mensaje de datos.

El mensaje de datos en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida por la ley a las copias o reproducciones fotostáticas. Cabe recordar que el original del mensaje de datos es el que se encuentra en su formato electrónico y la impresión del mismo no es sino una reproducción en la misma forma que una reproducción fotostática es una reproducción o representación del documento original.

Ovidio (2017, p.16)

CAPITULO III: ANALISIS Y DISCUCION DE LOS RESULTADOS O LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

3.1 Resultados

Tabla 3 Le comunican fehacientemente las ventajas y desventajas del producto o servicio que adquiere

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	25	20,8	20,8	20,8
	NO	55	45,8	45,8	66,7
	A VECES	40	33,3	33,3	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

1 Le comunican fehacientemente las ventajas y desventajas del producto o servicio que adquiere.

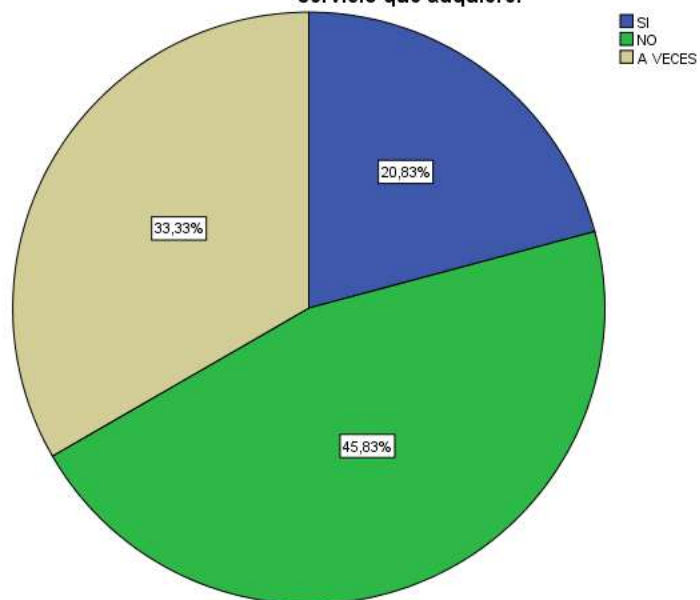


Figura 1 Le comunican fehacientemente las ventajas y desventajas del producto o servicio que adquiere.

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 20.8% responde que sí, un 45.8% que no y 33.3% que a veces

Tabla 4 Se ha sentido satisfecho con el producto o servicio que adquiría

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	29	24,2	24,2	24,2
	NO	52	43,3	43,3	67,5
	A VECES	39	32,5	32,5	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA



Figura 2 Se ha sentido satisfecho con el producto o servicio que adquiría

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 24.2% responde que sí, un 43.3% que no y 32.5% que a veces

Tabla 5 Le da seguridad las condiciones de los contratos en la fase pre contractual.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	37	30,8	30,8	30,8
	NO	45	37,5	37,5	68,3
	A VECES	38	31,7	31,7	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

3 Le da seguridad las condiciones de los contratos en la fase pre contractual.

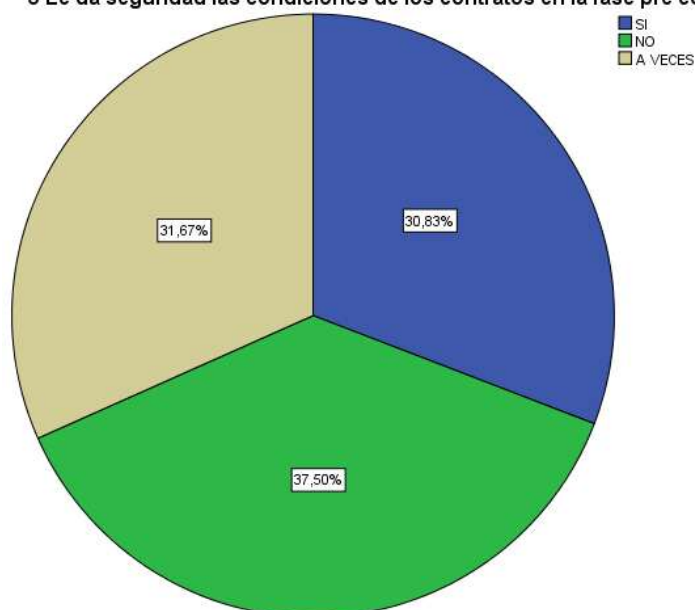


Figura 3 Le da seguridad las condiciones de los contratos en la fase pre contractual.

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 30.8% responde que sí, un 37.5% que no y 31.7% que a veces

Tabla 6 El proveedor o vendedor le enseña estrictamente las condiciones del contrato.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	31	25,8	25,8	25,8
	NO	49	40,8	40,8	66,7
	A VECES	40	33,3	33,3	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

4 El proveedor o vendedor le enseña estrictamente las condiciones del contrato.

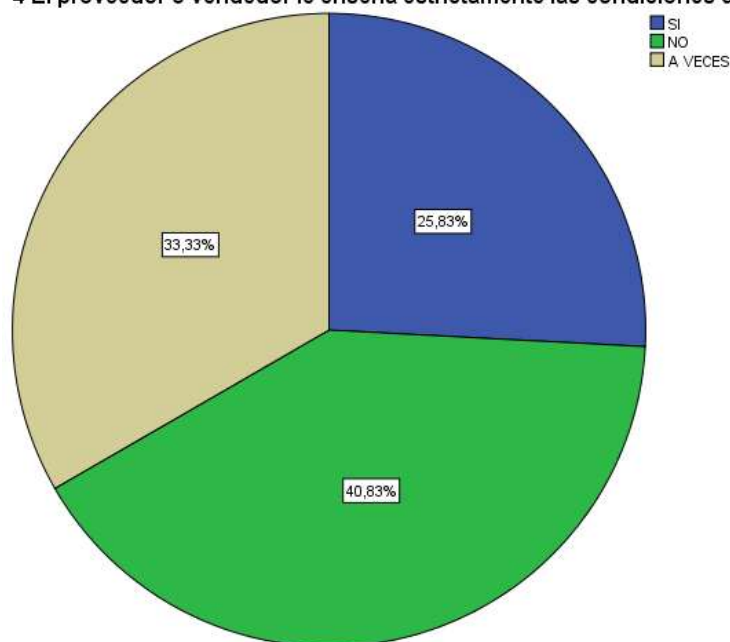


Figura 4 El proveedor o vendedor le enseña estrictamente las condiciones del contrato.

FUENTE: ELABORACION PROPIA

De 100% de encuestados el 25.8% responde que sí, un 40.8% que no y 33.3% que a veces

Tabla 7 Es legible los artículos, normas leyes en el documento electrónico sobre el contrato que está firmando.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	33	27,5	27,5	27,5
	NO	49	40,8	40,8	68,3
	A VECES	38	31,7	31,7	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

5 Es legible los artículos, normas leyes en el documento electrónico sobre el contrato que está firmando.

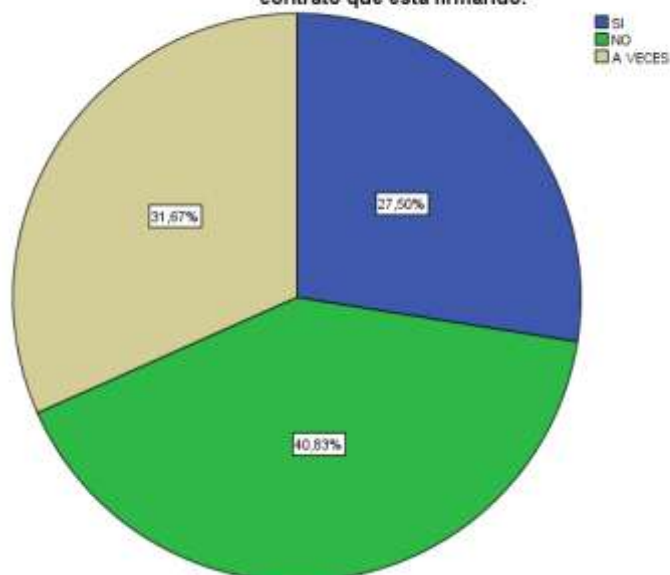


Figura 5 Es legible los artículos, normas leyes en el documento electrónico sobre el contrato que está firmando.

FUENTE: ELABORACION PROPIA

De 100% de encuestados el 27.5% responde que sí, un 40.8% que no y 31.7% que a veces

Tabla 8 Siente que su Vendedor no le está siendo sincero en los contratos electrónicos.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	46	38,3	38,3	38,3
	NO	35	29,2	29,2	67,5
	A VECES	39	32,5	32,5	100,0
	Total	120	100,0	100,0	



Figura 6 Siente que su Vendedor no le está siendo sincero en los contratos electrónicos.

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 38,3% responde que sí, un 29,2 % que no y 32,5% que a veces

Tabla 9 Se ha sentido estafado alguna vez mediante los contratos electrónicos

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	51	42,5	42,5	42,5
	NO	33	27,5	27,5	70,0
	A VECES	36	30,0	30,0	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

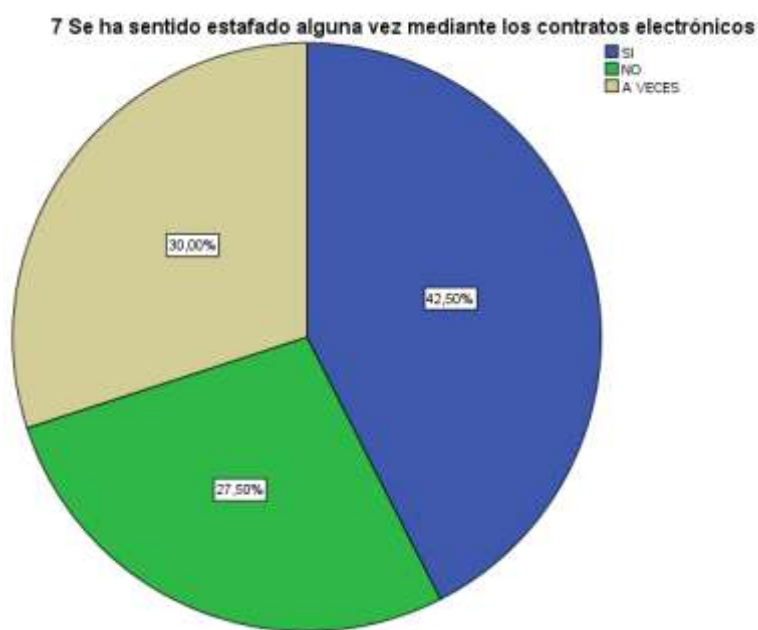


Figura 7 Se ha sentido estafado alguna vez mediante los contratos electrónicos

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 42.5% responde que sí, un 27.5% que no y 30% que a veces

Tabla 10 Sabe que no está regulado en la legislación peruana los contratos electrónicos.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	31	25,8	25,8	25,8
	NO	50	41,7	41,7	67,5
	A VECES	39	32,5	32,5	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

8 Sabe que no está regulado en la legislación peruana los contratos electrónicos.

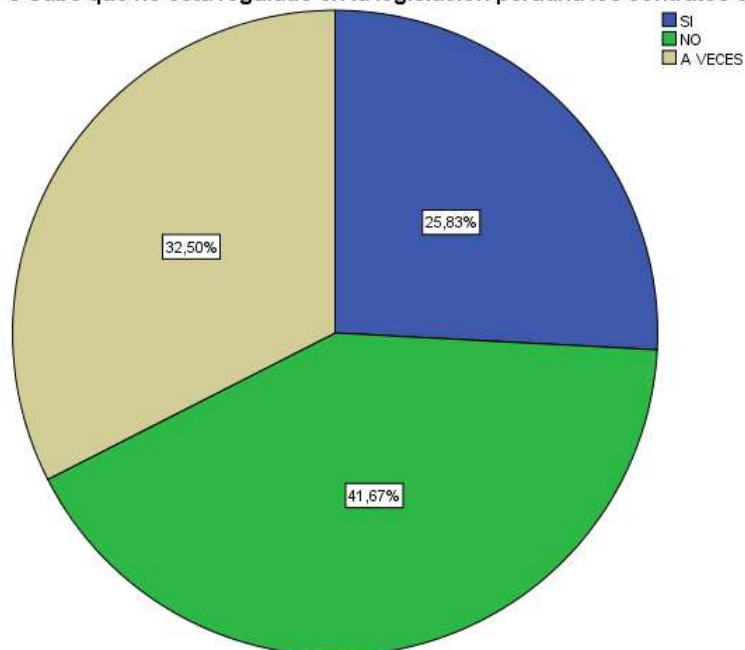


Figura 8 Sabe que no está regulado en la legislación peruana los contratos electrónicos.

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 25.8% responde que sí, un 41.7% que no y 32.5% que a veces

Tabla 11 Sabes que los contratos electrónicos no ofrecen derechos de garantía legalmente.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	35	29,2	29,2	29,2
	NO	46	38,3	38,3	67,5
	A VECES	39	32,5	32,5	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

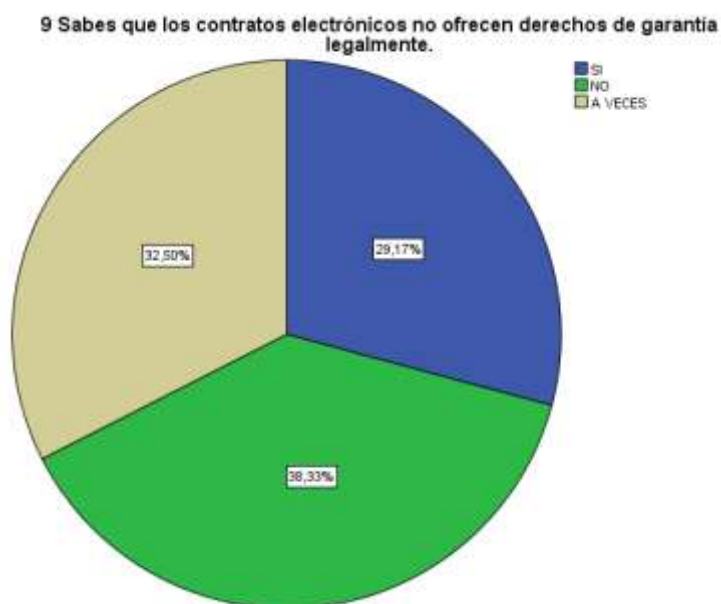


Figura 9 Sabes que los contratos electrónicos no ofrecen derechos de garantía legalmente.

FUENTE: ELABORACION PROPIA

De 100% de encuestados el 29.2% responde que sí, un 38.3% que no y 32.5% que a veces

Tabla 12 Los contratos electrónicos representan una forma incierta al no tener garantía o regulación legal en Perú.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	49	40,8	40,8	40,8
	NO	33	27,5	27,5	68,3
	A VECES	38	31,7	31,7	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

10 Los contratos electrónicos representan una forma incierta al no tener garantía o regulación legal en Perú.

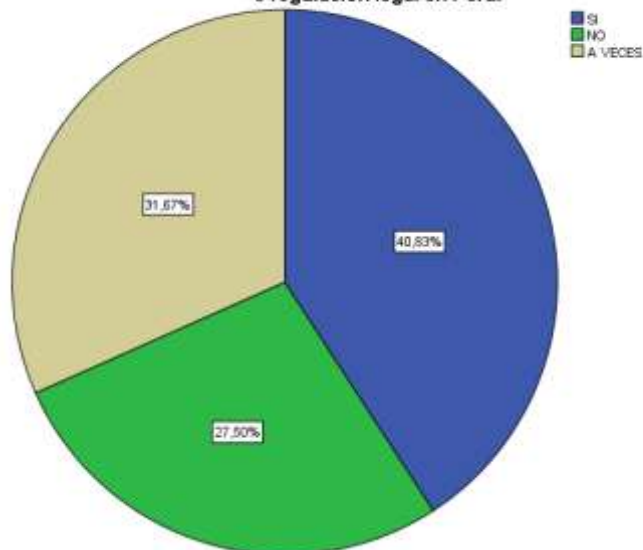


Figura 10 Los contratos electrónicos representan una forma incierta al no tener garantía o regulación legal en Perú.

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 40.8% responde que sí, un 27.5% que no y 31.7% que a veces

Tabla 13 Considera que se debe regular mediante el derecho de desistimiento los contratos electrónicos en la legislación peruana.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	49	40,8	40,8	40,8
	NO	32	26,7	26,7	67,5
	A VECES	39	32,5	32,5	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

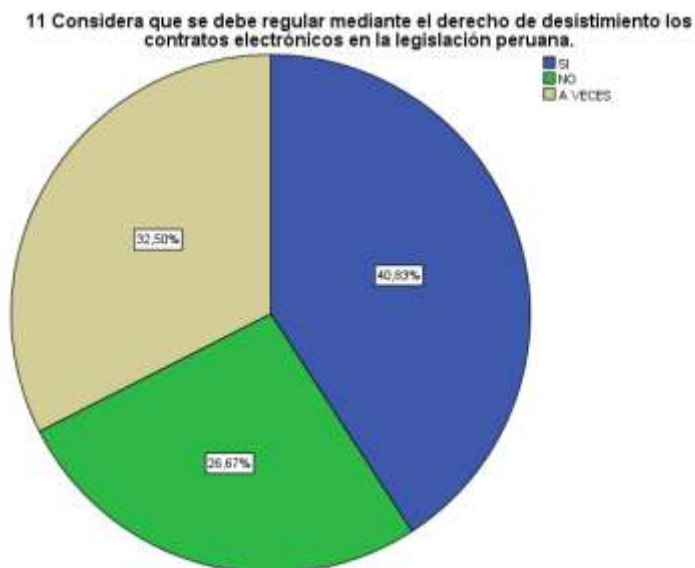


Figura 11 Considera que se debe regular mediante el derecho de desistimiento los contratos electrónicos en la legislación peruana.

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 40.8% responde que sí, un 26.7% que no y 32.5% que a veces

Tabla 12: Considera que el derecho de desistimiento asegura los derechos del consumidor peruano.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	48	40,0	40,0	40,0
	NO	34	28,3	28,3	68,3
	A VECES	38	31,7	31,7	100,0
	Total	120	100,0	100,0	

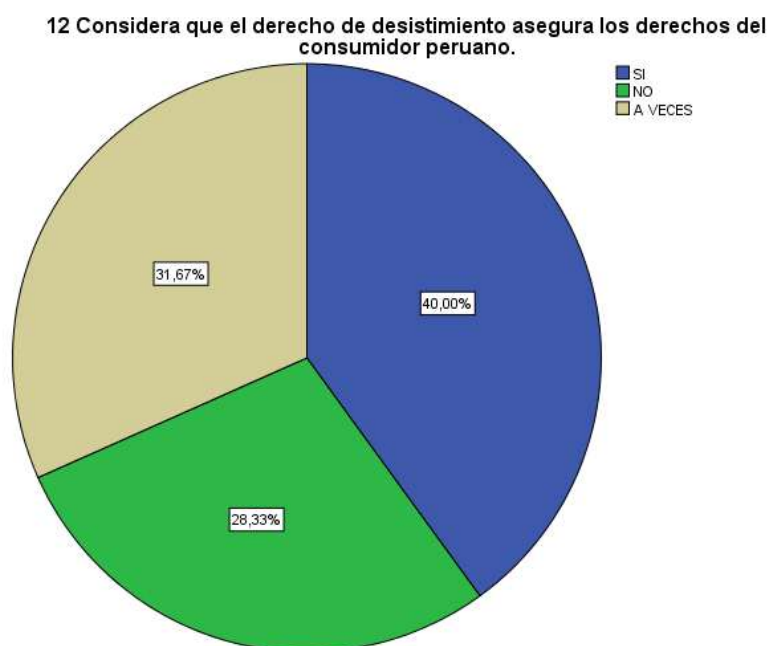


Figura 12 Considera que el derecho de desistimiento asegura los derechos del consumidor peruano.

FUENTE: ELABORACION 'PROPIA

De 100% de encuestados el 40.0% responde que sí, un 28.3% que no y 31.7% que a veces

3.2. Desarrollo de los objetivos de la investigación

Objetivo N° 01: Analizar La Regulación de los Contratos Electrónicos en el Perú.

Los contratos electrónicos en el Perú están regulados mediante la LEY N° 29571 “CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”, específicamente en tres Capítulos y un sub capítulo muy importantes como son:

Capítulo I Derechos de los consumidores

Capítulo II Información a los consumidores

Subcapítulo II Protección del consumidor frente a la publicidad

Capítulo III Idoneidad de los productos y servicios

Capítulo I Derechos de los consumidores, de acuerdo a este capítulo en su Artículo 1.- Derechos de los consumidores, el consumidor tiene una lista muy larga de derechos, sin embargo en ningún inciso prevalece, existe o está escrito el derecho de desistimiento el cual es una Institución jurídica propia del *Common law*. Lo que implica para una de las partes contratantes la facultad de decidir si mantiene vigente el contrato o lo extingue. No se requiere de motivación ni justificación o excusa. Solamente puede hacerse uso de tal derecho en el marco de ciertos contratos delimitados por ley.

Capítulo II Información a los consumidores, con respecto a este capítulo describe artículos muy interesantes a favor del consumidor como es información relevante, prohibición de información falsa o que induzca al error al consumidor, información de la integridad entre otros, todos estos artículos aseguran los derechos de los consumidores, por consiguiente se considera adecuados e importantes para el consumidor y sus derechos. , sin embargo no regula el derecho de desistimiento, vemos que sigue el vacío legal donde el consumidor no tiene el derecho a retractarse en un contrato electrónico.

Subcapítulo II Protección del consumidor frente a la publicidad, este capítulo cumple un papel fundamental en la protección de los derechos del consumidor al establecer el marco legal como es el Decreto Legislativo núm. 1044, con la finalidad de dar protección al consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

En resumen este capítulo cumple con proteger los derechos del consumidor, sin embargo no regula el derecho de desistimiento, vemos que sigue el vacío legal donde el consumidor no tiene el derecho a retractarse en un contrato electrónico.

Capítulo III Idoneidad de los productos y servicios, este capítulo asegura los derechos del consumidor, lo cual lo se considera como excelente, por ejemplo con la característica de idoneidad, es decir un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso, perfecto hasta allí la ley es magnífica, pero no contempla la posibilidad de que el consumidor desista del producto que solicito dentro de un plazo previsto por la ley, al margen si el producto es espectacular o cubre todas las necesidades del consumidor o de

lo contrario es un artículo que no le sirve, es allí donde se ajusta o se debe velar o salvaguardar el desequilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios a distancia y/o fuera de los establecimientos comerciales. Es decir el derecho a la existencia de un Periodo de “cancelación”, de “reflexión”, de “suspensión” o de “resolución”?

Consideraciones finales: La legislación peruana resguarda los Contratos Electrónicos a favor de los derechos del consumidor, sin embargo se encuentra inconsistencias o vacíos legales que afectan la naturaleza jurídica como es el derecho potestativo o derecho de revocación del consumidor, por consiguiente se considera que existe un “Desequilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios a distancia y/o fuera de los establecimientos comerciales”, por lo tanto no existe el derecho de desistimiento regulado en la LEY N° 29571 “Código de protección y defensa del consumidor”

Objetivo N°02: Diagnosticar las Figuras Jurídicas que Influyen en los Contratos Electrónicos en el Perú.

Entre las figuras jurídicas que influyen en los contratos electrónicos en contra de los consumidores, el cual vulnera sus derechos al no estar regulado por la ley N° 29571 son: Desequilibrio contractual, el derecho potestativo y el derecho de revocación, derechos muy trascendentales no solo para el consumidor, sino también para el proveedor que tiene el derecho de desistir de vender un producto o servicio.

Objetivo N°03: Elaborar un Proyecto de Ley regulando el del derecho de Desistimiento en los Contratos Electrónicos en el Perú.

PROYECTO DE LEY



Proyecto de Ley

Ley que modifica el artículo 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

El ciudadano y abogado Joseph Max Grosso Muguerza, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa, que le confiere el artículo 107º de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 76º del Reglamento del Congreso presenta la siguiente propuesta legislativa.

Artículo único: Implementarse el artículo 1 Derecho de los consumidores aumentando el Inciso L, con el siguiente texto:

Capítulo I Derechos de los consumidores Artículo 1.- Derechos de los consumidores: (...) L.- Derecho al desistimiento de cualquier producto o servicio realizado mediante Contrato Electrónico nacional dentro del periodo de 3 días hábiles, después de haber pactado con el proveedor o vendedor, sin obligación, deber o responsabilidad de tener que pagar el producto o servicio. Asimismo para poder llevar a cabo este derecho el producto o servicio tiene que estar intacto en todas su configuración, características o cualidades.

Joseph Max Grosso Muguerza

DNI 44288126

Abogado

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El desistimiento según Kluwer (2017) “Es el abandono voluntario del proceso civil iniciado por parte del demandante o promotor del expediente. Por lo tanto, en una primera aproximación a esta institución”, En otras palabras nos encontramos ante la actuación de la parte que preparó el proceso enfocada a ponerle fin de forma adelantada”. Dicho de otra forma, desistimiento es la potestad de un consumidor de un bien o servicio para devolverlo al comercio dentro de un plazo legal, sin tener que alegar ni dar ninguna explicación al respecto ni sufrir una penalización.

En el ámbito internacional el desistimiento se viene aplicando en diversas legislaciones como es el caso del Reino Unido: “Right of cancellation” (derecho de resolución) en contratos de alquiler con opción de compra y de crédito hasta un máximo 30 libras. “Cooling off period”: 4 días, asimismo en Canadá: Aplicación a contratos ‘door to door’ y contratos de venta directa cuando el bien aún no ha sido entregado y contratos a distancia. Cooling off period: 2 a 10 días.

Al respecto Kluwer (2017, párr. 4) comenta lo siguiente: “El apartamiento, por parte del demandante, de un proceso civil que él mismo ha iniciado, haya o no comparecido la parte contraria, solamente resulta posible en un proceso que esté inspirado por el principio dispositivo, también llamado de oportunidad”. En otras palabras el principio de oportunidad de Kluwer se da en el desistimiento lo que hace un derecho inalienable al consumidor, protegiendo de esta manera sus derechos fundamentales como el derecho a escoger el bien o servicio que le parezca.

Veamos ahora el Derecho desistimiento en el ámbito nacional, ante ello nace la siguiente interrogante ¿El derecho desistimiento está regulado en la legislación peruana?, pues la respuesta es ¡NO!, eso significa que los derechos del consumidor y el principio de oportunidad pueden verse vulnerados de cierta forma, sin embargo existen otras legislaciones que protegen los derechos del consumidor pero que no es

lo mismo que el derecho de desistimiento como por ejemplo: Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC): Excluye el 'derecho de desistimiento' pero regula un derecho de 'restitución'. 'Derecho de restitución': resolución del contrato y restitución de lo pagado. Artículo 58.1 CPDC: ámbito de aplicación a métodos comerciales agresivos o engañosos y el Artículo 58.2: Aplicable a todo tipo de contrato siempre que se encuentre en condiciones 58.1. Si bien es cierto que estas leyes protegen al usuario, no es lo mismo el derecho de desistimiento, puesto que de aplica el principio de oportunidad a ello se suma características propias como el Plazo de 7 días calendario contados celebración del contrato, recepción de producto e inicio de ejecución, Obligación de información del proveedor acerca del derecho y de su ejercicio como se hace en la legislación española.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto de Ley no origina costo alguno al erario nacional, sino más bien contribuirá a la defensa y derechos de los consumidores, asimismo a la implementación del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

EFFECTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

El Proyecto de reforma del Código de Protección y Defensa del Consumidor propone implementar el Artículo 1.- Derechos de los consumidores de la Ley N° 29571:

L.- Derecho al desistimiento de cualquier producto o servicio realizado mediante Contrato Electrónico nacional dentro del periodo de 3 días hábiles, después de haber pactado con el proveedor o vendedor, sin obligación, deber o responsabilidad de tener que pagar el producto o servicio. Asimismo para poder llevar a cabo este derecho el producto o servicio tiene que estar intacto en toda su configuración, características o cualidades.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

1. La legislación peruana resguarda los Contratos Electrónicos a favor de los derechos del consumidor, sin embargo se encuentran inconsistencias o vacíos legales que afectan la naturaleza jurídica como es el derecho potestativo o derecho de revocación del consumidor, por consiguiente se considera que existe un “Desequilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios a distancia y/o fuera de los establecimientos comerciales”, por lo tanto no existe el derecho de desistimiento regulado en la LEY N° 29571 “Código de protección y defensa del consumidor”
2. Entre las figuras jurídicas que influyen en los contratos electrónicos en contra de los consumidores, el cual vulnera sus derechos al no estar regulado por la ley N° 29571 son: Desequilibrio contractual, el derecho potestativo y el derecho de revocación, derechos muy trascendentales no solo para el consumidor, sino también para el proveedor que tiene el derecho de desistir de vender un producto o servicio.
3. Gracias a la propuesta de un Proyecto de Ley, donde se implementa el Artículo 1.- Derechos de los consumidores de la Ley N° 29571, se puede regular el derecho de desistimiento en los contratos Electrónicos en el Perú, evitando así el desequilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios en los mencionados contratos.

4.2. Recomendaciones

Los contratos electrónicos son una forma de comercio singular y especial porque salvan distancias, costos, tiempo para el proveedor como para el consumidor, en ese sentido ambas partes deben sincerarse al momento de pactar, brindar la información suficiente para que ninguna de las partes se retracte de continuar con el contrato electrónico.

Implementar las figuras jurídicas como Desequilibrio contractual, el derecho potestativo y el derecho de revocación a favor de los consumidores, de esta manera se fortalece el Código De Protección Y Defensa Del Consumidor.

Llevar a cabo el proyecto de ley propuesto en esa investigación porque permitirá regular el derecho de desistimiento en los contratos Electrónicos en el Perú, cuidando o salvaguardando así los derechos de los consumidores a que tengan un equilibrio contractual con su vendedor o proveedor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcántara, F. O. (2016). *El derecho de desistimiento en los contratos electrónicos. Necesidad de su regulación*. Lima: IPENSA.
- Alessandro . (2015). *Comercio Electronico en Chile*. Chile: Cyberspace Camp Andino.
- Blazquez Rodriguez , C. (2011). *Contrato Electrónico* . Convelia .
- Burgueno, P. (2010). *Tipos y Clasificación de contratos electronicos* . Blog de Pablo Burgueno .
- Camara Madrid. (2003). *Contratación Electronica* . Madrid : Camer Firma .
- Cervantes. (2013). *Derecho de Desistimiento* . Madrid : Cursos de madrid .
- Derecho, D. d. (1985). *También ha sido la denominacion del derecho de desistimiento*. Madrid .
- Diéguez Oliva, R. (2009). *El derecho de desistimiento en el marco comun de referencia*. Barcelona: Universidad de Málaga.
- Europeo, P. (2003). *Comunicacion de la Comision al Palarmento Europeo y al Consejo sobre Un derecho Constructual Europeo mas Coherente* . Europa .
- Gabinete Juridico de CECU. (2012). *Cuestiones Basicas sobre el Contrato Electronico*. Argentina : Confederacion de Consuidores y Usuarios .
- Hernández Martinez , W. (2012). *La formación del contrato electronico en el marco de la Comunidad Andina*. Estados Unidos : Scielo .
- Infante Ruiz . (2008). *En igual sentido, situando el derecho de desisimiento en el ámbito precontractual*. Uruguay.
- Larrosa Amante , M. (2015). *El Derecho de Desistimiento en la Contratación de Consumo* . Murcia : Universidad de Murcia .
- Larrosa Amante, M. (2015). *El Derecho de Desistimiento en la Contratación de Consumo*. España: Universidad de Murcia .
- Morales Hevias , R. (2014). *El poder irrevocable ¿Contrasentido juridico?* Lima : Pontificia Universidad Catolica del Perú.
- Nieto Melgarejo , P. (2003). *Nociones Generales Sobre El Comercio Electrónico*.

- España: El Comercio Electronico .
- Ovidio, S. J. (15 de enero de 2017). *Contratación electrónica*. Obtenido de file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-ContratacionElectronica-5110288.pdf
- Pereda, S. (1987). *Psicología Experimental*. Madrid: Pirámide.
- Quispe, J. (2009). *Los contratos por servicios no personales en la administracion pública como condicionantes de la estabilidad laboral ficta*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos .
- Rodriguez Vasquez, J. (2013). *Intangibilidad, inembargabilidad y naturaleza alimentaria de la remuneración frente al derecho de compensación bancaria*. Chiclayo : Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Rodriguez, R. R. (2010). *Estudio* . Madrid : UNAM.
- Romero Rosales, M. (2013). *El comercio electronico en Ecuador: Regimen juridico y comentarios*. Ecuador: Revista.
- Serrano Segarra, M. (2010). *La Formacion del Contrato Electronico* . Lima : Revista .
- Tonk, R. (2012). *Analisi del Derecho a retracto en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. N° 19.469, para los casos de contratacion electronica, y su regulacion en derecho comparado*. Chile : Universidad Austral de Chile .
- Torre Armona . (2010). *Por que tienes derecho a arrepentirte* . Zaragoza.

Anexos

Anexo N°01 Guía de Encuesta

Dirigida a los operadores del derecho acerca de los contratos electrónicos y el derecho de desistimiento

INSTRUCCIONES: Marque con una aspa (X) el casillero que considero correcto
1=SI; 2= NO; 3= AVECES

	1	2	3
1 Le comunican fehacientemente las ventajas y desventajas del producto o servicio que adquiere.			
2 Se ha sentido satisfecho con el producto o servicio que adquiría			
3 Le da seguridad las condiciones de los contratos en la fase pre contractual.			
4 El proveedor o vendedor le enseña estrictamente las condiciones del contrato.			
5 Es legible los artículos, normas leyes en el documento electrónico sobre el contrato que está firmando.			
6 Siente que su Vendedor no le está siendo sincero en los contratos electrónicos.			
7 Se ha sentido estafado alguna vez mediante los contratos electrónicos			
8 Sabe que no está regulado en la legislación peruana los contratos electrónicos.			
9 Sabes que los contratos electrónicos no ofrecen derechos de garantía legalmente.			
10 Los contratos electrónicos representan una forma incierta al no tener garantía o regulación legal en Perú.			
11 Considera que se debe regular mediante el derecho de desistimiento los contratos electrónicos en la legislación peruana.			
12 Considera que el derecho de desistimiento asegura los derechos del consumidor peruano.			

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: Necesidad de la regulación del Derecho de Desistimiento en los Contratos Electrónicos en el Perú 2017

PROBLEMA	OBJETIVOS	CAMPO DE ACCIÓN	OBJETO DE ESTUDIO	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	TÉCNICA	INSTRUMENTO
¿Cuál es el impacto de la necesidad de regulación del derecho de Desistimiento en los Contratos Electrónicos en el Perú 2017?	General Regular el Derecho de Desistimiento en los Contratos Electrónicos en el Perú 2017 Específicos 1. Analizar La Regulación De Los Contratos Electrónicos En el Perú 2. Diagnosticar Las Figura Jurídicas Que Influyen En Los Contratos Electrónicos En el Perú 3. Elaborar un Proyecto de Ley regulando el del derecho de Desistimiento en los Contratos Electrónicos en el Perú	Derecho de Desistimiento	Equilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios en los Contratos Electrónicos	Si se regula el Derecho de Desistimiento, Entonces se obtiene un equilibrio contractual entre consumidor y proveedor de bienes o servicios en los Contratos Electrónicos en el Perú.	Independiente Derecho de Desistimiento	<ul style="list-style-type: none"> Fase precontractual Contratación Derechos de garantía 	Entrevista Análisis Documental	Cuestionario
					Dependiente Contratos Electrónicos	<ul style="list-style-type: none"> Por su forma de ejecución: Por la emisión de las declaraciones: Por los sujetos que son parte del contrato electrónico: Por el objeto del contrato 		