

UNIVERSIDAD "LA SALLE"
CARRERA DE DERECHO



FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DE
LEGISLACIÓN APLICABLE EN LOS
CONTRATOS VÍA INFORMÁTICA

Por: Ariel Jhonny Molina Mier

Tutor: Dr. Javier Hinojosa

Tesis de grado presentada para la obtención del Grado de:
LICENCIATURA EN DERECHO

La Paz - Bolivia

2012

CAPITULO I

MARCO INVESTIGATIVO

1. Introducción

El crecimiento de la tecnología informática en el mundo entero hace que la normativa jurídica mundial busque estar a la par de este avance. Es por ello que el Derecho creó una rama específica para solucionar los problemas actuales relacionados con el internet, las vías de intercambio de información de contenido científico pragmático o recreacional; En el ámbito comercial se encuentran específicamente los contratos informáticos, que son los medios de negociación actual por excelencia, además de ser los más utilizados.

Estos contratos, si bien por principio están regidos por la legislación civil que les sea aplicable, empero, presentan particularidades en atención al especial modo de formación contractual que los caracteriza dependiendo de la legislación de que se trate, pudiendo ello determinar grados diversos de responsabilidad para los contratantes, requerimientos probatorios especiales para acreditar su existencia, el lugar y tiempo de su formación, entre otros.

En Bolivia los contratos informáticos son una realidad existente y tangible, son utilizados en todo el territorio nacional, como un medio de contratación inmediata y segura, tanto en el medio nacional, como en el medio internacional, entre coetáneos nacionales, o nacional y extranjero.

El estado Boliviano no posee una legislación específica sobre contratos informáticos, no tiene un mecanismo de regulación concreta y delimitada, creando una necesidad imperante para la realización y posterior aprobación, de una ley que pueda efectivamente proteger a las partes contratantes, ya que al no existir una legislación sobre

contratación vía informática, se produce indefensión de ambas partes, ante un eventual incumplimiento o daño civil provocado.

El estado nacional debe proteger los derechos de sus conciudadanos, otorgándoles mecanismos e instrumentos para ser protegidos efectivamente, la especialidad de una norma sobre contratos informáticos solucionaría en gran medida la desprotección que ahora es efectiva en nuestro medio.

En este contexto versa la cláusula de legislación aplicable, que tiende a resolver previamente conflictos de jurisdicción, otorgándoles a las partes el poder de elegir el foro o jurisdicción que otorguen los derechos y mecanismos necesarios, para concluir efectivamente un contrato vía informática, este mecanismo de contratación, es regulable, tendiente a la satisfacción de seguridad jurídica que las partes contratantes requieren, dicho de otra forma, es una disposición contractual por la que a las partes les es lícito acordar que su contrato sea regulado por determinada legislación tutelar y en consecuencia les permite convenir cuales los órganos judiciales o tribunales de justicia llamados a decidir o resolver sobre las diversas controversias que puedan surgir respecto del contrato.

Una vez más nos encontramos con la problemática existente, el vacío legal sobre una ley regulatoria, ya que no existe ninguna ley, que regule la cláusula de legislación aplicable, dejándonos una vez más en indefensión ante leyes extranjeras, contratos informáticos y cláusulas de legislación aplicable, existentes en la realidad.

Al no tener una ley que regule los contratos informáticos y menos la cláusula de legislación aplicable nos encontramos en la imperiosa necesidad de crear una ley, u otorgarle el funcionamiento correcto, que regule ambos mecanismos jurídicos.

Es sobre la validez de esta cláusula, tema relevante especialmente ante la ausencia de legislación y la necesidad de tutela que puedan requerir las partes contratantes, que versará el presente trabajo de investigación

2. Planteamiento del problema

El problema de esta investigación es el siguiente:

“¿Es aplicable la cláusula de elección de legislación de jurisdicción y/o legislación aplicable en los contratos vía informática en el sistema jurídico nacional boliviano?”

3. Objetivos

Los objetivos que se proponen en la investigación a raíz del problema planteado son:

3.1. Objetivo general

“Determinar la aplicación y funcionamiento, de la cláusula de elección de legislación aplicable en los contratos vía informática”.

3.2. Objetivos específicos

- Analizar los conceptos de la teoría general sobre el contrato en materia de formación, efectos y extinción contractual.
- Estudiar el concepto y los efectos de los contratos formados por vía informática
- Analizar la libertad contractual en Bolivia y sus límites.
- Estudiar los fundamentos y la admisibilidad de la cláusula de elección legislación aplicable en Bolivia.
- Examinar la legislación internacional sobre la validez de la cláusula de elección de legislación aplicable.

4. Hipótesis

La hipótesis base de esta investigación es la siguiente:

“La cláusula de elección de legislación aplicable en los contratos vía informática es aplicable en la legislación boliviana”.

5. Justificación del tema

5.1 Justificación Práctica: La presente investigación sobre contratos informáticos, dará una alternativa jurídica a la tutela, para quienes elaboran y utilizan los contratos informáticos, es decir propondrá otorgar una regulación jurídica, o una explicación de funcionamiento, ya que existe una falta de tutela y defensa estatal para quienes utilizan el mecanismo de contratos informáticos.

5.2. Justificación Social La investigación colaborará a todo el público en general, que utiliza los contratos informáticos, además de abogados y jueces, que realizarán la tramitación, resolución, y otros problemas que causan y causará, este tipo de contratos informáticos.

El estado se encuentra en el deber de otorgar a sus habitantes los mecanismos e instrumentos necesarios para la resolución de sus necesidades jurídicas, tanto en conflictos y acuerdos nacionales e internacionales.

6. Metodología

El método proviene de la palabra griega *methodos* que literalmente significa camino o vía, y este se refiere al medio utilizado para llegar a un fin, la RAE la conceptualiza como procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. También se puede conceptualizar como una serie de pasos sucesivos, que conducen a una meta.

La palabra metodología se compone de dos elementos: “método” y “logos”. El vocablo “logos” indica tratado y en cierto sentido saber y razón. Por su parte, el vocablo “método” significa el camino para alcanzar un fin propuesto como tal, es decir, para lograr una meta.

7.1. Metodologías para el estudio del Derecho

Desde el punto de vista de la teoría tridimensional del Derecho, éste puede ser estudiado como norma, como hecho y como valor, resultando de estas alternativas de investigación el surgimiento de los métodos dogmático jurídico, sociológico y axiológico.

El método dogmático jurídico es aquél que estudiará el problema jurídico planteado “a la luz de las fuentes formales, y por consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales vigentes en los que está inscrito el problema”, es decir, estudia al derecho en tanto norma y concepto con independencia de su aplicación en el caso concreto. El método sociológico es el que estudia el Derecho a través de su funcionamiento en la realidad, fijándose en su aplicación en el caso concreto. Finalmente, el método axiológico estudia los valores que están insertos en la norma desde el punto de vista filosófico.

7.2. Método dogmático jurídico

En la presente investigación se utilizará el método dogmático jurídico en atención a la naturaleza del problema de la investigación, cuyo propósito consiste en estudiar las solución normativa que establece la legislación nacional sobre los contratos informáticos y en particular con relación a la validez de la cláusula que las partes acuerden para elegir una legislación aplicable al mismo, todo lo cual supone la elaboración de conceptos y análisis normativo de naturaleza abstracta. En este sentido, el postulante “visualizará su problema jurídico a la luz de las fuentes formales, y por consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales vigentes en los que está inscrito el problema”.

Enmarcado en el método de investigación elegido, la investigación será analítico - descriptiva y jurídico – propositiva. Tendrá la característica analítico - descriptiva antes referida puesto que estará dirigida a “descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrezcan una imagen de funcionamiento de una norma o institución jurídica”. De otro lado, será jurídico – propositiva ya que buscará “cuestionar una ley o institución jurídica vigente para, luego de evaluar sus fallas, proponer cambios o reformas legislativas en concreto”.

Este método será utilizado en la presente investigación, observando la naturaleza de la pregunta de investigación ya que se pregunta si es válida o no una cláusula de legislación aplicable en contratos informáticos, y la única forma de responder la pregunta de investigación, es estudiar el mundo teórico jurídico, ya que es en ese ámbito en el que se desenvuelve el derecho.

7.3. Técnicas de recolección de información

En consideración al método elegido, la técnica de investigación consistirá en la recopilación de información documental consiste en:

- Legislación internacional sobre la materia
- Literatura especializada en la materia
- Legislación nacional en la materia.

7. Delimitación del tema

Los límites a la investigación son en primer término, los contratos informáticos, por ende todos los usuarios de internet que utilizan los contratos vía informática como un medio de negociación y contratación, y en segundo término se delimita la investigación al territorio Boliviano, es allí donde el investigador reside y ejerce sus derechos, asimismo con mucha importancia se observa la necesidad de regulación de los contratos informáticos y la cláusula de elección de legislación aplicable.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO

1. Introducción

El contrato es el tipo más importante de la clasificación de hechos jurídicos y, en particular, es la principal figura de la categoría denominada actos jurídicos. A través del contrato tiene su vehículo la voluntad común de dos partes dirigida a la consecución de efectos jurídicos patrimoniales. Los individuos expresan su voluntad jurídica por medio del contrato a fin de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

2. Hechos jurídicos

De acuerdo a Vom Tuhr, citado por Schreier un hecho jurídico es “la totalidad de acontecimientos que, al realizarse, deben producir la consecuencia del derecho” (Schreier p. 146).

Por su parte Emilio Betti sostiene que los hechos jurídicos son "los productores de un acontecimiento jurídico consistente, en particular, en la constitución, en la modificación o en la extinción de una relación jurídica, o bien en la sustitución de una relación por otra relación jurídica nueva; o también en otro caso en la cualificación de una persona, de una cosa o de un hecho" (Betti, 1948, pág. 5)

Betti también afirma son aquellos eventos “a los que el derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y a configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas” (Betti, 2000, pág. 4)

El profesor Juan Andrés Orrego divide la conceptualización en dos partes. Los hechos jurídicos propiamente tales “son los hechos de la naturaleza que originan efectos

jurídicos”, en tanto que los son actos jurídicos “los hechos jurídicos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos” En este sentido, llega a definir como actos jurídicos a los “actos voluntarios realizados por el hombre con la intención de crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir derechos” (Orrego, pág. 2).

En opinión del postulante los hechos jurídicos son acontecimientos de la naturaleza o acciones del hombre que, al materializarse y realizar los supuestos de la norma jurídica, dan lugar a la creación, modificación o extinción de efectos jurídicos, cuya relevancia está dada en razón a que ellos son la base para el funcionamiento del derecho. Toda vez que la norma jurídica sólo establece supuestos abstractos a los que liga efectos de ley, ella necesita complementarse con hechos reales que se ajusten a sus previsiones y que de esta manera creen modifiquen o extingan efectos jurídicos.

2.1. Clasificación de los hechos jurídicos

Los hechos jurídicos, según la clasificación clásica del profesor Kaune, se dividen en:

- 1) Hechos jurídicos naturales. Son aquellos acontecimientos o sucesos de la naturaleza que producen una o varias consecuencias jurídicas.
- 2) Hechos humanos. Son los sucesos y acciones realizadas por el hombre que producen efectos jurídicos, y que a su vez se subdividen en:
 - a) Lícitos e ilícitos. La clasificación se basa en cuanto a la valoración y la contrariedad de los hechos jurídicos con el ordenamiento jurídico. Los primeros son permitidos, en tanto que los segundos no.
 - b) Intencionales y no Intencionales. La clasificación se funda en la existencia o inexistencia de intención de parte del autor para la producción de consecuencias de derecho. Se dividen en:

- 1) Ilícitos sin intencionalidad. Son los producidos por negligencia o imprudencia del sujeto, sin que se quiera sus efectos V.gr. Atropellar a alguna persona, sin intención de hacerlo.
- 2) Ilícitos con intencionalidad. Son aquellos en los cuales sus efectos son deseados V.gr. Asesinar a alguna persona.
- 3) Lícito sin intencionalidad. Son los que producen resultados independientes de la voluntad del autor. V.gr. el pago de lo indebido.
- 4) Lícitos con intencionalidad. Son los que producen efectos deseados y previstos por el sujeto y rectificadas con su actuación. V.gr. un contrato (kaune, 1992, pág. 4).

En opinión de Andrés Orrego los hechos jurídicos voluntarios lícitos con intencionalidad admiten varias clasificaciones en atención a diversos criterios:

- Unilaterales y bilaterales

Son hechos jurídicos unilaterales aquellos que para formarse requieren de la manifestación de voluntad de una sola parte V.gr. los contratos consigo mismo, este consiste en un contrato unilateral, en que ambas partes convergen en una sola, propiamente dicho, es un contrato unipersonal o de una sola parte, donde no pueden afectar negativamente a terceros, solo beneficiarlos.

Son hechos jurídicos bilaterales o convenciones aquellos que para perfeccionarse necesitan del acuerdo de las voluntades de dos o más partes. V.gr. El contrato de venta.

El hecho jurídico bilateral o convención se define, por tanto, como el acuerdo de voluntades de dos o más partes que tiene por objeto crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones.

- Unipersonales o pluripersonales

Son hechos jurídicos unipersonales aquellos en los que la condición de parte o de partes recae en una sola persona natural o jurídica. De otro lado, son actos jurídicos

pluripersonales aquellos en los que la condición de parte o de partes recae en varias personas naturales o jurídicas.

Esta clasificación no debe ser confundida con la precedente, que dividía a los hechos jurídicos en unilaterales o bilaterales. En aquella la unilateralidad o bilateralidad refería a la cualidad de parte, en tanto que en ésta de lo que se trata es de discriminar la cantidad (una o más) de personas que integran a la parte (hecho unilateral) o las partes (hecho bilateral).

- Conmutativos y aleatorios

Los hechos jurídicos conmutativos son aquellos en los que su autor se obliga a dar o hacer o a no hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que va recibir.

Por el contrario, el hecho jurídico aleatorio es aquel en el que la ganancia o pérdida para su autor es contingente y está librado al azar.

- Principales y accesorios

Son hechos jurídicos principales los que subsisten por sí mismos sin necesidad de otro.

El hecho jurídico es accesorio cuando su existencia y justificación está reatada a la existencia de otro hecho que se reputa como principal.

- Hechos instantáneos, de ejecución diferida, de tracto sucesivo e indefinidos

Los hechos jurídicos instantáneos son aquellos cuyos efectos jurídicos se producen en un solo momento en el tiempo. Los hechos jurídicos de ejecución diferida son aquellos en los que los efectos jurídicos tienen lugar luego del cumplimiento de un plazo o de una condición. Los hechos jurídicos de tracto sucesivo son aquellos en los que los efectos jurídicos no se realizan en un solo instante sino que se extienden durante un período de tiempo. Finalmente, los hechos jurídicos de duración indefinida son los que,

conforme la intención de las partes, determinan efectos jurídicos que se extienden en el tiempo hasta tanto que exista otro hecho jurídico que los deje sin efecto.

- Hechos jurídicos entre vivos y por causa de muerte

Los hechos entre vivos son los que producen sus efectos en vida de la o de las partes que lo compongan. Los hechos por causa de muerte son los que tienen eficacia jurídica sólo a tiempo de la muerte del ejecutante.

- Hechos jurídicos constitutivos, traslaticios y extintivos

Son hechos jurídicos constitutivos aquellos mediante los cuales se crea o constituye un derecho o situación jurídica. Los hechos jurídicos traslaticios son los que se transfiere un derecho ya existente. Finalmente, son hechos jurídicos extintivos aquellos que ponen fin a un efecto jurídico.

- Hechos jurídicos puros y simples y hechos jurídicos sujetos a modalidades

Los hechos jurídicos puros y simples son aquellos que producen efectos jurídicos inmediatamente de celebrados, puesto que no tienen modalidades que los modifiquen o alteren en alguna manera. Por el contrario, son hechos jurídicos sujetos a modalidades los que están sujetos en su eficacia y existencia a un plazo y/o condición que hayan sido fijados por las partes que modifican los efectos jurídicos normales del hecho jurídico.

Las modalidades son el plazo y la condición. El plazo es un hecho futuro y cierto, del cual depende el ejercicio o la extinción de un efecto, en tanto que la modalidad es el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un efecto jurídico (Orrego, 1991, pág. 4 - 14).

3. El acto jurídico

Según Morales Guillen el acto jurídico es “el acto humano consciente y voluntariamente realizado por un sujeto, o la manifestación exterior de la voluntad, cuya

realización procura un resultado que el derecho toma en consideración” (Morales, 1981 en edición 2004, pág. 505).

Para Alessandri-Somarriva-Vodanovic, es la manifestación de voluntad que se hace con la intención de obtener un efecto jurídico, que puede ser, crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir un derecho (Alessandri-Somarriva-Vodanovic, 1991, pág. 133).

Los mismos autores, aluden después al acto jurídico como *“la declaración de voluntad de una o más partes dirigida a un fin práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo.”* (Allesandri y otros 1991, pág. 158).

De acuerdo a Messineo “en sentido amplio, se entiende por acto jurídico un acto humano realizado conscientemente y voluntariamente por un sujeto (por lo general capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el derecho” (Messineo, 1979, pág. 332). En opinión de Larroumet se entiende por acto jurídico al “acto de la voluntad que tiene por objeto crear una situación jurídica (Larroumet, 1993, p. 59).

Al respecto y en el marco de las opiniones de doctrinarios antes referidas, el profesor Kaune sostiene que el acto jurídico debe comprender:

- a) Declaración exterior de voluntad, bilateral o unilateral.
- b) Fundamento en una norma de derecho cuya hipótesis se materializa por la declaración exterior de voluntad.
- c) Intencionalidad a la producción de efectos jurídicos que son queridos y previstos por el sujeto actuante.
- d) Correspondencia entre la voluntad del sujeto actuante con los efectos producidos.

La declaración de voluntad o declaración de voluntades deben ser lícitas (kaune, 1992, pág. 4).

En opinión del postulante un acto jurídico es un tipo de hecho jurídico producido por el hombre que se caracteriza por que su autor busca determinados efectos jurídicos (creación, modificación y/o extinción), al cual la norma, luego da valor si

se ajusta a sus previsiones, le concede los efectos jurídicos pretendidos por su autor.

3.1. Hecho y acto jurídico

La diferencia entre ambos se encuentra en el de género a especie, el hecho es el género, lo amplio, el que contiene al acto jurídico, y este es una subespecie del hecho jurídico.

El acto jurídico, es en sí una facultad autoritaria, expresada en la autonomía de la voluntad, y en el poder o facultad de contratación,

Los hechos jurídicos son superiores en número, no se encuentran regulados, ya que en ninguna legislación se los enumera, como es el caso de los actos jurídicos, que se “tratan” de describirlos y ordenarlos en la ley.

4. El contrato

El origen etimológico del término contrato proviene de la voz latina contractus, que significa contraer, estrechar, unir. Y esta voz deriva de “*contralto*”, que, entre otras acepciones, quiere decir juntar o reunir, en este caso a las partes. (Larroumet 1993 p. 59).

El contrato es el tipo más importante de acto jurídico. Según la Real Academia de la lengua se conceptualizará al contrato como el acuerdo o convenio entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas (Diccionario de la Real Academia De la lengua Española, 2011, “contrato”).

El Diccionario jurídico Omeba define al contrato “como un acuerdo jurídico bilateral, formado o constituido por el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico de interés común, con el fin de crear, modificar o extinguir derecho” (Diccionario jurídico Omeba, 2011, “Contrato”)

En opinión de Messineo, el concepto técnico de contrato no es descriptivo sino sintético y consiste en que el contrato es "una subespecie (la principal) del negocio jurídico bilateral patrimonial" (Messineo, 1979, pág. 434).

Conforme manifiesta Gherzi, el "contrato" es una herramienta y como tal es un "hecho económico", que produce efectos jurídicos y económicos a la vez. Prosigue Gherzi explicando que el contrato es un mecanismo económico por el cual se producen y/o comercializan los bienes y un mecanismo jurídico por que cuenta con una estructura normativa regulatoria, es decir que organiza y gradúa el movimiento económico, que es la base del progreso de los Estados, ya que constituye una estructura legal de regulación para la interrelación económica (Gherzi, 1998, pág. 7).

Nuestro código civil en su artículo 450 dispone que hay contrato cuando dos o mas personas (Se debería mencionar partes, porque en una sola Parte puede coexistir en un mismo acto como ambas partes, o una parte puede estar constituir la por varias personas.) se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre si una relación jurídica.

El postulante opina que el contrato es *un acuerdo de voluntades de dos o más partes que convienen crear modificar o extinguir, relaciones jurídicas patrimoniales, al que la ley le asigna, ordinariamente, los efectos jurídicos deseados por las partes. Es, como tal, un tipo de hecho jurídico humano voluntario e intencional.*

5. Elementos constitutivos del contrato

El contrato es un hecho jurídico complejo. Esto significa que su formación y existencia jurídica válida está supeditada a que cuente con todos los requisitos previstos por la ley. Estos requisitos se conocen con diversas denominaciones. La doctrina se refiere a ellos como elementos constitutivos, requisitos de validez, condiciones de formación, etc., manteniendo un sentido unívoco, en el sentido de que son indispensables para que el contrato nazca válidamente a la vida del Derecho.

5.1. Consentimiento o acuerdo de voluntades

La palabra "consentimiento" deriva del latín *consensua*, derivada a su vez de cum (con) y sentiré (sentir) y significa el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión.

Littré define el consentimiento como uniformidad de opinión. Sostiene que el consentimiento es conformidad y en tal acepción ha llegado al Código civil francés, que habla "del consentimiento de la parte que se obliga". (Littré,1998). Para el profesor Benjamin Saravia el consentimiento es "La aceptación voluntaria que cada uno de los contratantes hace de las obligaciones que de el se derivan" (Saravia, pág. 18). Por su parte, Giorgi citado por el Dr. Morales lo define como "la manifestación recíproca del consenso completo de dos o más personas, con objeto de obligarse cada una a una prestación respecto a la otra" (Morales, 2004, pág. 517). El tratadista Cristian Larroumet indica que este encuentro de voluntades debe ser reconocida o conocida por la otra, u otras partes, mediante la exteriorización de la voluntad a través de una oferta y una aceptación, expresas o tácitas. (Larroumet, 1993, pág.83).

En opinión de Messineo (1979) debe preferirse la expresión "consenso" por ser más adecuada, tener a su favor la tradición además y denotar mejor el elemento en cuestión (Messineo, 1979, pág. 332).

Según una posición de la doctrina, entre cuyos representantes se cuentan R. Salvat, H. Lafaille, Planiol, (citados por Messineo) el consentimiento es siempre un acto bilateral, consistente en el acuerdo de las voluntades de las partes. Empero, esta opinión no es uniforme. Un segundo grupo de doctrinarios sostiene, por el contrario, que el consentimiento es un hecho individual y no conjunto, ya que se trataría de una declaración de voluntad en adhesión a otra, siendo más correcto referirse al término asentimiento.

Una tercera posición, conciliatoria de las dos precedentes, asigna a la palabra "consentimiento" un doble significado. En sentido etimológico es el acuerdo de voluntades

de las partes (concursum voluntatum), pero en sentido restringido designa la adhesión de cada parte a las condiciones del contrato (Messineo, 1979, pág. 437).

El código civil por su parte, sin definir lo que se entiende por consentimiento, en su Art. 453 expresa que éste puede ser expreso, escrito, descrito, o tácito respaldado por agente o hecho exterior (Art. 453.- (CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO). El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso si se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos; tácito, si resulta presumible de ciertos hechos o actos.).

En opinión del postulante el consentimiento es el acuerdo o consenso entre las voluntades de oferta y de aceptación, tácitas o expresas, que provienen de las partes de un contrato, el cual versa sobre la creación, modificación o extinción de obligaciones o derechos reales que las partes hayan determinado en ejercicio de su libertad de contratación y dentro de los límites dispuestos por la ley.

5.2. Capacidad

Según el diccionario jurídico de Alianza la capacidad es la aptitud o idoneidad que se requiere para contratar, disponer por acto entre vivos o por testamento, suceder, casarse y realizar la generalidad de los actos jurídicos. Poder para obrar válidamente. Suficiencia para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas determinadas. La capacidad es, por tanto, la aptitud de obrar válidamente por sí mismo (Diccionario jurídico Alianza, palabra "capacidad").

La capacidad es la facultad que tiene todo individuo para realizar cualquier acto jurídico.

Existen dos tipos de capacidad: La capacidad de derecho o jurídica, y la capacidad de obrar o de ejercicio. La capacidad de derecho o jurídica la posee toda persona por principio y consiste en la aptitud para poder ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de obrar consiste en la aptitud para ejercitar la titularidad de derechos y obligaciones, y se la adquiere, por principio, con la mayoría de edad. Esta última incluye la capacidad de contratar y de disponer, ambas son requeridas en los contratos, ya que

sino existe alguna de ellas el contrato no iniciaría en la vida del derecho, ya que ambas son importantes para que un contrato sea válido.

En lo que concierne al contrato, la capacidad es un requisito indispensable para su formación válida y la ausencia de ésta está sancionada con la invalidez del contrato por la vía de la anulabilidad. Esto es así por cuanto para la ley es necesario que la voluntad de los sujetos sea expresada por quienes cuentan con la capacidad suficiente para vincularse a través de un contrato.

El código civil boliviano se refiere a la capacidad y a sus limitaciones en términos generales en el libro primero en sus Arts. 3 (CAPACIDAD JURIDÍCA; LIMITACIONES.- Toda persona tiene capacidad jurídica. Esta capacidad experimenta limitaciones parciales sólo en los casos especialmente determinados por la ley), 4 y 5. En materia de contratos, la norma del Art. 483 dispone que sólo puede contratar la persona que es legalmente capaz.

Para el postulante, la capacidad es la aptitud del sujeto de derecho (persona) para ser titular de derechos y obligaciones, y ejercer estos derechos y obligaciones. Un tipo de capacidad, subespecie de la capacidad de obrar, la constituye la capacidad de contratar, que es la aptitud del sujeto de derecho para contratar válidamente.

5.3. Objeto

El requisito contractual denominado objeto resulta controvertido en lo que hace a su identificación y conceptualización, de acuerdo con el Dr. Benjamín Saravia el objeto es “la operación jurídica, que las partes pretenden realizar (...) es la cosa o acción a que se aplica la fuerza del contrato” (Saravia, 1998, pág.18). Según el Dr. Guillen el objeto del contrato es la obligación contractual, por lo menos el objeto inmediato (Guillen, 2004, pág. 515). El profesor Larroumet opina que “el encuentro de las voluntades de las partes contratantes tiene como objeto vincularlas jurídicamente, esto es crear obligaciones”, de lo que se desprende que en su opinión el objeto de los contratos son las obligaciones (Larroumet, 1993, pág. 350-351).

En opinión del postulante, apoyado por la postura de Messineo respecto del código civil italiano, el requisito objeto del contrato, independientemente de la controversia doctrinal, para el código civil boliviano es la prestación. No de otra manera puede entenderse las normas de los Arts. 485 al 487 del código civil, toda vez que cuando regulan los requisitos que a su vez debe cumplir el objeto de un contrato válido, están conectadas con la norma del Art. 292 referida a la prestación.

El objeto o prestación debe existir y ser posible, lícito, determinado o determinable y de contenido patrimonial (aunque puede corresponder a un interés extrapatrimonial).

- **Posibilidad.** El objeto del contrato debe ser posible, es decir, realizable. Según el Dr. Morales el requisito se subdivide en dos: posibilidad natural y posibilidad jurídica. La primera representa que el objeto debe poder ser realizado en el plano material y que, por tanto, una prestación que no sea ejecutable según las leyes de la naturaleza hace inválido a un contrato (V.gr. Prestar un pedazo de la luna es imposible físicamente). La segunda significa que el objeto debe ser compatible con ordenamiento jurídico y que, por tanto, la prestación resulte ejecutable conforme las normas jurídicas (V.gr. Enajenar un derecho de la personalidad es imposible legalmente), (Morales, 2004, pág. 559).
- **Licitud.** El objeto debe ser también lícito. Esto significa que debe enmarcarse dentro de las limitaciones que prevé la norma jurídica imperativa. El Dr. Giorgi, citado por el Dr. Morales, sostiene que por ilicitud se entiende “la contradicción entre la prestación contractual y la disposición de la ley. Esta sea declarativa, preceptiva, o prohibitiva, no puede ser alterada modificada, contradicha o violada en el contrato” (Morales, 2004, pág. 559) Vgr. Un contrato no puede tener como objeto el asesinato de un tercero, porque llegaría a ser un ilícito.
- **Determinación o determinabilidad.** El objeto del contrato debe estar determinado o al menos ser determinable. Un contrato con objeto indeterminado es nulo.

Con relación a determinabilidad, manifiesta el Dr. Morales que no se puede dejar el objeto, o el cumplimiento de este, al arbitrio del deudor sino que se deberá especificar, cual es el objeto del contrato, de manera perfecta. Es por esto que la determinación puede ser absoluta o relativa. La primera consiste en señalar específicamente un cuerpo claramente identificado, en tanto que la segunda

condiciona la determinación a un criterio que puede ser el juicio o el acto de un tercero, datos extraños al contrato, o acontecimientos futuros (Morales, 2004, pág. 561).

- **Patrimonialidad.** El objeto contractual debe ser de contenido patrimonial. Si bien, a diferencia del resto de condiciones asociadas al requisito objeto, ésta no está enunciada en el Art. 485 del código civil, su admisibilidad en el código civil proviene del Art. 292. Según esta norma, la prestación debe ser susceptible de evaluación económica y corresponder a un interés, aún cuando éste no sea patrimonial, del acreedor. El Dr. Morales Guillen dice “que debe ser susceptible de evaluación económica, es decir en dinero y debe ser útil al acreedor” (Morales, 2004, p. 561).

Conforme fue manifestado previamente, el código civil regula a la prestación tanto en el capítulo de las obligaciones, al que pertenece el Art. 292 antes referido, como en los Arts. 485 y siguientes, si bien utilizando la expresión “objeto del contrato”.

5.4. La causa

No existe consenso en doctrina sobre la admisibilidad del requisito contractual denominado causa. Un grupo de autores, denominados anticausalistas, sostienen que la causa no es un elemento del contrato, ya que consideran que la causa no es un elemento determinante en el contrato, otros por el contrario llamados causalistas, manifiestan que ella es imprescindible e importante en los contratos, ya que es determinante al realizarlo. A esto debe sumarse que, entre los que aceptan que ella es un requisito contractual, no existe tampoco un consenso total acerca sobre su significado.

De acuerdo al Dr. Benjamin Saravia la causa es: “el propósito o razón que motiva a cada una de las partes a celebrar el contrato” (Saravia, 1998, pág. 18). Opina Larroumet que la causa es el hecho económico patrimonial - acceso e intercambio de bienes y servicios - que justifica que una parte haya consentido ser deudora y la otra acreedora (Larroumet, 1993, pág. 350-351).

Gherzi entiende a este elemento como el fin inmediato y concreto que impulsa a las partes a contratar, vemos que en este caso se identifica con su función económica (Gherzi, 1998, pág. 111).

El código civil boliviano reconoce expresamente a la causa como requisito del contrato en su Art. 452 inc. 3), tomando de esta manera una posición afirmativa en el debate sobre la existencia o inexistencia del elemento causal para la formación del contrato. Esta norma concuerda con la del Art. 489 del mismo código, que contiene un mandato imperativo conforme al cual la causa debe estar conforme con el orden público y las buenas costumbres. No obstante, ninguna de estas normas contiene un concepto legislativo de lo que debe entenderse como causa del contrato.

En opinión del postulante, en el marco del código civil boliviano la causa es la función económica y social que cumple el contrato, es decir, la finalidad que tiene el contrato y que el ordenamiento jurídico debe reconocer y aceptar como válida. V.gr. En el contrato de venta la función es la transferencia de un derecho real a cambio de la transferencia de un precio en dinero. Esta función o finalidad del contrato es, además, independiente de las motivaciones particulares que tengan las partes, sobre las cuales la ley regula de modo autónomo el requisito motivo.

5.5. Motivo

Las discusiones doctrinales sobre el requisito causa están también íntimamente ligadas al motivo y esto se debe a que, para un sector doctrinal, el verdadero y admisible concepto de la causa del contrato aludía al requisito motivo. Negándose que la causa pueda existir bajo el concepto de finalidad abstracta que originalmente se le asoció, se llegó a admitir que ella pueda significar y ser relevante en tanto sea entendida como los propósitos o finalidades particulares de la o las partes contratantes.

En opinión del postulante y acorde a lo expresado en el numeral 4.4., el motivo es un requisito contractual diferente a la causa en varios sentidos. El primero consiste en que, a diferencia de ella y de los requisitos consentimiento, capacidad y objeto, el motivo es un requisito especial del contrato. No todo contrato tiene en el motivo un requisito para

su formación válida en tanto que todo contrato sí requiere de un consentimiento, capacidad, objeto y causa. El segundo radica en que, en oposición al concepto de causa, el motivo no alude a la finalidad o función del contrato considerado en si mismo y que por tanto es invariable, sino a los propósitos o finalidades particulares que tengan las partes y que hayan dado lugar a la contratación. De ahí su independencia conceptual.

Corresponde a las partes del contrato elevar sus motivaciones particulares a la calidad de elemento contractual para la formación válida, y esto tiene lugar cuando estas motivaciones son compartidas por las dos partes y son determinantes para la contratación, en cuyo caso deben ser lícitas. En circunstancias diversas estas motivaciones no son relevantes para la formación del contrato.

El código civil boliviano regula al motivo en su Art. 490 intitulado motivo ilícito, el cual se encuentra dentro del capítulo II de la parte segunda del libro tercero que está referido a los requisitos del contrato.

5.6. La forma

El requisito de forma del contrato hace referencia a la exigencia impuesta por la ley de que determinados contratos tengan un modo de ser determinado el cual es indispensable para su validez. Esta forma denominada constitutiva o de validez (*ad solemnitatem*) se opone a la forma probatoria, que consiste en la prerrogativa que tienen las partes para hacer constar su contrato en documentos públicos o privados.

En opinión de Ghersi se debe cumplir con la exigencia de una formalidad *ad solemnitatem* absoluta (o forma constitutiva) para la celebración válida del contrato (Ghersi, 1998, pág. 199).

Este requisito contractual tiene naturaleza especial en oposición a los requisitos consentimiento, objeto, causa y capacidad. No es requerido para todo contrato sino sólo en los casos que la ley lo establezca. El principio es que existe libertad sobre las formas, significando ello que la ley no obliga a que los contratos se exterioricen en documentos públicos o privados, sino que permite su sola consensualidad, quedando reservado el derecho de las partes para utilizar un documento para el fin probatorio que haga a su

seguridad, pero que no afecta la validez de las estipulaciones. Así lo dispone el Art. 493 p. I del código civil.

En opinión del postulante, el requisito de forma debe entenderse como la solemnidad escrita que, por mandato de la ley, es indispensable para el nacimiento válido de determinados contratos.

6. Autonomía de la voluntad y la libertad contractual

De acuerdo con Kant se denomina autónomo “a un sujeto cuando se da a si mismo sus propias leyes y es capaz de cumplirlas” (Kant, 2006, pág.8) y en este sentido prosigue manifestando que, en consecuencia, la autonomía de la voluntad describe la circunstancia del sujeto que se comporta moralmente y que se da las leyes a las que se somete, las que tienen origen en su razón.

En opinión de la Dra. Alejandra la autonomía de la voluntad es la piedra angular de la teoría general del contrato y se enlaza íntimamente con el concepto de propiedad privada y de circulación de la riqueza. Constituye una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes; y la voluntad es la fuente y la medida de los derechos y obligaciones que el contrato genera (Aguad, 2011).

El fundamento tradicional del principio de la autonomía de la voluntad está en la afirmación filosófica de la libertad natural del hombre, que se plasma con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la revolución Francesa de 1789, descrita precedentemente en la conceptualización que realiza Kant.

Estas ideas filosóficas se apoyan en otras de índole económico, como lo es la utilidad económica del contrato. Según ésta, sin el contrato no existiría un movimiento económico importante o no existiría certeza jurídica del cumplimiento económico, ni así tampoco la utilidad social basada en las iniciativas individuales que aseguran inmediatamente la prosperidad y el equilibrio.

La autonomía de la voluntad es el principio general sobre el que se apoya el más particular principio de la libertad contractual. En opinión del postulante, la libertad

contractual es una aplicación de la autonomía de la voluntad en materia de contratos y como tal significa que las partes contratantes tienen amplia libertad para acordar que éste cree, modifique o extinga las relaciones jurídicas patrimoniales que resulten de su interés, sin más límites que los dispuestos por el ordenamiento jurídico.

6.1. Alcance de la libertad contractual

El profesor Morales Guillen resume los postulados de la libertad contractual en lo siguiente: 1) Los individuos son libres de contratar y discutir en pie de la igualdad sus cláusulas, y de realizar contratos nominados e innominados, sin que ninguno pierda el derecho a rechazar las proposiciones del otro, 2) *Pueden elegir la legislación que les sean conveniente o evitar que se apliquen las normas supletorias*, 3) Los contratos son consensuales por principio y el requisito de forma constitutiva es excepcional, y 4) Los efectos del contrato son los que las partes han querido darle al punto que, en la interpretación, el juzgador debe buscar en primer término descifrar la intención de las partes (Guillen, 2004, pág. 522-523).

En el código civil boliviano la libertad contractual está reconocida por el Art. 454 del código civil, según el cual las partes pueden determinar libremente el contenido de sus contratos, inclusive celebrando los contratos que no estén expresamente regulados por ley y sin otra limitación que la ley y la realización de los intereses dignos de protección jurídica.

6.2 Límites a la libertad contractual

La libertad contractual, conforme lo expresado precedentemente, no carece de límites. De acuerdo con la opinión de Alejandra Aguad estos límites son:

- “1. Las normas legales imperativas, las cuales deben ser respetadas por los contratantes ya que son inderogables por la voluntad de las partes” (Aguand 2011).
2. Las reglas generales de la política económica nacional, a las cuales el contrato debe subordinarse, si el Estado ha resuelto intervenir en el campo contractual. (Aguand 2011).
3. La lesión, considerada en general como una desproporción chocante entre las prestaciones de las partes.”

El tratadista Morales Guillen al respecto manifiesta que las limitaciones son éstas: “a) las de orden público, como las relativas a la capacidad; b) las de desarrollo legislativo en las normas de interés prevaeciente o social, cuyo desconocimiento no es alegable c) las que crea retorno al formalismo, sin caer en los vicios del sistema romano; d) las provenientes de ciertas agrupaciones, cuyo genero fuese el contrato colectivo de trabajo” (Morales, 2004, pág. 522-523).

En opinión del postulante, en mérito al texto del Art. 454 del código civil boliviano, la libertad contractual tiene como único límite a la ley imperativa, es decir, a la que velando por el interés público no puede ser desobedecida sin sanción por los particulares. Este límite legal a la libertad contractual representa no sólo que las cláusulas de un contrato no pueden transgredir mandatos imperativos de la norma, sino que inclusive la creación de nuevos tipos contractuales está condicionada a que estos contratos no previstos expresamente por el ordenamiento jurídico sean compatibles con sus fines.

7. Fundamentos de la obligatoriedad del contrato

Existen diversas opiniones acerca del fundamento sobre el que reposa la obligatoriedad, es decir, el carácter vinculante del contrato, en cuya virtud las partes contratantes deben cumplir sus estipulaciones cual si fueran ley. Este fundamento excede a la materia de contratos e incursiona en la teoría general del derecho y en la filosofía del mismo. Está ligado con la concepción general del Derecho.

a) Voluntarismo jurídico. En una concepción individualista del mundo la creación de obligaciones propias procede de la facultad de auto-obligarse. El sujeto, de una manera voluntaria, enajena o limita su propia voluntad.

El voluntarismo jurídico está aplicado en la doctrina conocida como la autonomía de la voluntad, que pretende ser la fuente y medida de todas las obligaciones. Si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio (Aguad, 2001).

b) La motivación ética de la obligatoriedad de los contratos

Se ha sostenido también como fundamento de la obligatoriedad de los contratos en que está basado en el principio de la buena fe y que hay una expectativa ética razonable en cuanto se puede esperar el cumplimiento de la promesa de la contraparte.

Esta sería la fundación ética, llamada también la ética de la veracidad en las comunicaciones al prójimo.

Esto obviamente choca con la realidad, aun cuando importa una moralización en las relaciones con el prójimo. El ordenamiento jurídico no ha protegido siempre la palabra dada, no ha sido así ni en el pasado ni en la actualidad.

Basta recordar la falta de protección a los pactos desnudos o sin forma en el Derecho Romano y a la exigencia en la actualidad de determinadas solemnidades para efectuar los contratos.

c) Fundamento en Kelsen. La norma

Kelsen busca la respuesta a la obligatoriedad del contrato en una norma de grado superior.

El fundamento queda reducido al de la ley o la norma que lo admite. La convención es obligatoria en la medida que el ordenamiento jurídico la considera como un estado de hecho creador de derecho. La razón de la validez de la convención se reduce, por lo tanto, a la validez de la ley general o de la costumbre que prescriben que la convención es creadora de derecho (*pacta sunt servanda*).

d) Contrato y persona. Relación

Se ha puesto de manifiesto la relación que existe entre contrato y persona como fundamento del contrato, señalándose que no es sólo una manifestación de la actividad de la persona, sino una forma en su vida de relación.

De consiguiente la obligatoriedad del contrato encontraría su fundamento en la idea misma de persona que para realizar sus fines, para reglamentar sus situaciones jurídicas necesita del contrato. En consecuencia el contrato tendría su fundamento más hondo en la propia persona.

Resulta evidente, en consecuencia, que este derecho a desarrollar actividades sólo puede efectuarse adecuadamente a través de la forma contractual, y de consiguiente, nos es fácil hacer la relación entre el fundamento constitucional de protección a la persona y la libertad contractual (Aguand 2011).

7. Eficacia jurídica del contrato

La eficacia jurídica del contrato consiste en la aptitud de éste para la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales que las partes, ejerciendo la libertad contractual otorgada por la ley, han decidido y que se hallan dentro de los límites dispuestos por la norma jurídica imperativa. Es respecto a esta eficacia jurídica contractual que se erige el carácter vinculante del contrato, que como fue expuesto precedentemente representa que el contrato es obligatorio cual ley para las partes que lo integran.

7.1. Límites objetivos a la eficacia jurídica contractual. El contrato obliga a las partes contratantes a los efectos jurídicos que éstas hayan consentido expresamente y también a los que deriven directamente de la ley, conforme la naturaleza del contrato.

En sentido contrario, significa ello que las partes no están jurídicamente obligadas a ningún efecto jurídico diverso a los anteriormente señalados. El

contrato no puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales que no hayan sido acordadas por ellos o dispuestas por la ley.

7.2. Límites subjetivos a la eficacia jurídica contractual. Principio del efecto relativo.

El principio del efecto relativo de los contratos representa que el contrato sólo tiene aptitudes para generar consecuencias jurídicas para las partes contratantes y que, por tanto, no puede dañar ni aprovechar a terceros diferentes a los contratantes.

Los contratantes son quienes concurren, personalmente o representadas, a la formación del contrato y están vinculados jurídicamente por sus efectos, en tanto que los terceros son todas las demás personas. El concepto de tercero es negativo. Todos aquellos que no son parte contratante caen dentro del concepto de tercero.

La doctrina distingue que los terceros se dividen en dos grupos. Los terceros denominados absolutos, que son quienes no tienen ninguna relación con las partes contratantes ni con los efectos del contrato, y los terceros relativos, que son aquellos que no siendo partes están en relación con una o más de las partes. V.gr. Los sucesores o causahabientes de las partes.

El art. 523 de nuestro código civil que el efecto de un contrato solo es entre partes, y que no dañará ni aprovechará a un tercero, salvo los casos estipulados por ley.

8. Contrato entre ausentes

Morales Guillen escribe que ha de tenerse en cuenta que los lugares en que actúan oferente y destinatario se encuentran en el ámbito de diversas ciudades o municipios, pero el mismo Guillen cita a Messineo, y realiza una apreciación más correcta que dice que este tipo de contratación entre ausentes funciona fuera de una misma competencia judicial (Morales, 2004, pág. 526-527).

8.1. Contratos por correspondencia y contratos por teléfono

Larroumet expresa que en el primer caso, es decir en contratos por correspondencia, la fecha de la celebración del contrato, no ofrece dificultades, por cuanto el intercambio de voluntades se efectúa de la misma manera que si los contratantes estuvieran físicamente uno frente al otro (Larroumet, 1993, pág. 217)

Larroumet también expone que el lugar de la formación del contrato es difícil de determinar en un contrato por teléfono, en cambio cuando el intercambio de voluntades se realiza por correspondencia debe determinar el lugar y el momento preciso en que se realizó, y por ello da solución a este conflicto exponiendo varios sistemas mencionados a continuación:

- A) Emisión: El contrato queda concluido en el momento y en el lugar donde el destinatario de la oferta da su respuesta de aceptación, la oferta permite pensar que el contrato quedo celebrado definitivamente.
- B) Expedición: El contrato queda concluido en el momento en que el destinatario de la oferta se desprende de su aceptación verbal o de su aceptación telegráfica, en este sistema se debe considerar que el contrato se celebró en el domicilio del aceptante y en el momento en que este dio su aceptación, o su respuesta de aceptación.
- C) Información: El contrato queda concluido en el momento en que el oferente se informa de la respuesta del aceptante.
- D) Recepción: El contrato se concluye en el momento que el oferente recibe la respuesta del aceptante, aun cuando no la consulte inmediatamente (Larroumet, 1993, pág. 219-220).

8.2. Solución legislativa boliviana

El artículo 462 es claro al imponer que entre no presentes el lugar del contrato es aquel donde haya sido propuesto, salvo pacto contrario u otra disposición de la ley, es decir que Bolivia se rige por el sistema de emisión.

Para la presente investigación el pacto en contrario será muy importante mas adelante, dando la posibilidad de convenir una clausula de legislación aplicable, segundo párrafo del mencionado articulado da una lista de medios de comunicación para los que funciona esta normativa que son teléfono, telégrafo, telex, radio, y lo más importante u otro medio similar, en nuestro caso en particular son las computadoras y la informática, por ello es totalmente funcional y aceptable un contrato informático.

CAPÍTULO III

CONTRATOS CONCLUIDOS POR VÍA INFORMÁTICA

1. Contenido introductorio

La realidad comercial en el mundo tiende a la facilidad de realización, es decir a la practicidad de contratar, facilitando la vida y la actividad comercial del hombre, que va desde operaciones bancarias hasta contratos informáticos, con mayor eficacia y eficiencia ya sea en sus efectos, como en el tiempo de realización, esta realidad nos lleva a reencontrarnos con el problema que conlleva la rapidez, que es inversamente proporcional a la seguridad, por que a mayor rapidez en la realización los actos, menor la seguridad y certeza jurídica.

Esta seguridad y certeza jurídica basadas en la rapidez, son requeridas en el mercado internacional que se encuentra atiborrado de negociaciones y contrataciones informáticas.

Es importante destacar, en este sentido, que la informática constituye en nuestros días el sector más dinámico de la economía mundial, ostentando una elevada tasa de crecimiento anual (*killen y asociados, 2004*).

El mercado mundial de consumo de bienes y servicios informáticos fue calculado en el año 1983 en cien mil millones de dólares, según la firma Killen & Associates de California, en 1994, se efectuaron en el mundo transacciones por 4,6 trillones de dólares, y por catálogo, TV, IED (intercambio electrónico de datos), y redes -incluida Internet-, operaciones por 595 billones de dólares (aproximadamente el 13% del total mundial). Haciendo una proyección basada en datos actuales, también considera que en el año 2000 se compraron de bienes y servicios vía Internet por 600 billones de dólares, y en el año 2005, por 1,5 millones de dólares (*killen y asociados, 2004*).

Los negocios y contratos jurídicos informáticos, se realizan por medios modernos, los cuales incluyen faxsimiles, computadoras, celulares, etc.

Esta nueva era fue iniciada a mediados del siglo XX, y es sin duda alguna, la época donde la ficción se hace realidad, lo imposible para el ser humano se hace posible, desde la llegada a la luna, hasta las computadoras inteligentes, con esta apabullante nueva tecnología, existe también una gran responsabilidad, ésta se ostenta en la regulación sistemática jurídica, derivada de la tecnológica, los grandes inventos no tienen un manual que prevea el futuro y sus implicancias en la vida humana, por lo tanto el derecho debe adecuarse a las nuevas tecnologías.

El hombre con la inventiva creó utensilios que proporcionan comodidad y simplifican su existencia, aumentando la potencialidad física-mental normal de un ser humano, la novela big brother de 1984 de George Orwell, nos hace mención a la inteligencia artificial que se puede dar en un futuro cercano y que esta será dueña del mundo, pero como en toda tesis existe una antítesis, que asevera “que las maquinas nunca tendrán ese poder” (Lussato, 1982, p.91), es tarea nuestra limitar y regular mediante el derecho y directrices el futuro de la tecnología y sus implicaciones en nuestra vida.

La informática está al alcance de todos, desde un MP3, pasando por una computadora portátil, satélites GPS, o de comunicación, que ayudan al ser humano en sus responsabilidades, tanto laborales o estudiantiles, y/o en su recreación, todos estos elementos forman parte ya de nuestra cultura globalizada.

Ya que es un fenómeno social, el derecho debe regularlo como una parte ahora fundamental en nuestra sociedad (la persona que no utiliza esta tecnología, tiene una gran desventaja, llega a el punto de ser considerada ignorante).

De este fenómeno resulta una nueva legislación, o en un cambio significativo de las legislaciones mundiales, o en adaptar las leyes “inamovibles”, que den certeza jurídica, que es la solución más factible,

Esta nueva realidad que se fractura por las grietas de los sistemas tradicionales exige soluciones adecuadas, que por elementales razones de seguridad jurídica, es imprescindible que provengan de la ley. Sólo mediante ella es viable el cambio radical del sistema, pues "a menudo es posible hacer decir a los textos otra cosa que lo que dicen, pero rara vez lo contrario", en tanto "un texto nuevo siempre puede invertir el estado anterior del Derecho" (Flour, Albert, 1989 pág. 68) .

Es evidente que en los tiempos actuales existe un mercado en expansión y globalizado.

Dentro del ámbito latinoamericano, el fenómeno se plasmó en la creación del denominado Mercosur, del que Bolivia es participante. La idea cobró vida con el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, en el que se propende eliminar los aranceles intrazonales, o la doble tributación, además de otros obstáculos no arancelarios. Se pronuncia a favor de la libre circulación de bienes o tratados de libre comercio o TLC, y servicios entre los países que lo integran, previendo la cierta armonización de las políticas económicas de los miembros. Otro dato importante es el ALBA, y el proyecto de la creación de la moneda Sucre, que como muchos proyectos se quedó en intenciones, que en teoría en varios años se convertiría en la moneda oficial de los países que integran el ALBA, que mejorara la relaciones negociales y comerciales en estos países, y más en sistemas informáticos, en los cuales se cancelará la deuda u obligación patrimonial mediante un único medio monetario.

2. Internet

La internet es una palabra del idioma inglés, que se divide en dos: Inter, que significa "entre", y net que significa "red" (V.G. la red de pescar), por las interconexiones entre computadoras, el concepto técnico del internet revela que son Interconexiones de redes informáticas que permite a los ordenadores o computadoras conectadas comunicarse directamente, es decir, cada ordenador de la red puede conectarse a cualquier otro ordenador de la red. Los orígenes de la Internet se encuentran en un proyecto del Departamento de Defensa estadounidense que pretendía obtener una red de comunicaciones interna segura que se pudiese mantener en funcionamiento, aunque falle

alguno de sus modos. Así nació ARPA, una red informática que conectaba ordenadores localizados en sitios dispersos y que operaban sobre distintos sistemas operativos, de tal manera que cada ordenador se podía conectar a todos los demás ordenadores. Las interconexiones fueron desarrolladas en 1973 por el informático estadounidense Vinton Cerf y el ingeniero estadounidense Robert Kahn, y son los conocidos Protocolo de Internet (IP) y Protocolo de Control de Transmisión (TCP). Fuera ya del ámbito estrictamente militar, está la internet.

A finales de 1989, el informático británico Timothy Berners-Lee desarrolla la World Wide Web para la Organización Europea destinado a la Investigación Nuclear, más conocida como CERN (Historia e Impacto en la sociedad del internet, 2011, artículo de internet) Su objetivo era crear una red que permitiese el intercambio de información entre los investigadores que participaban en proyectos vinculados a esta organización. El objetivo se logró utilizando archivos que contenían la información en forma de textos, gráficos, sonido y vídeos, además de vínculos con otros archivos. Este sistema de hipertexto fue el que propició el extraordinario desarrollo de Internet como medio a través del cual circula gran cantidad de información por la que se puede navegar utilizando los hipervínculos (Artículo, El internet, 2011).

A dicha red se unieron Europa y del resto del mundo, formando lo que se conoce como la gran telaraña mundial (World Wide Web).

Además de la utilización académica e institucional que tuvo en sus orígenes, hoy se emplea Internet con fines comerciales. Las distintas empresas no sólo la utilizan como escaparate en el que se dan a conocer ellas mismas y sus productos, sino que, a través de Internet, se realizan ya múltiples operaciones comerciales. Especialmente la banca tiene en la red uno de sus puntos estratégicos de actuación para el futuro próximo (Artículo, El internet, 2011).

En estos momentos se está desarrollando lo que se conoce como Internet2, una redefinición de Internet que tiene como objetivo principal lograr el intercambio de datos multimedia en tiempo real. El avance ha de venir de la mano de la mejora en las líneas de comunicación, con el ancho de banda como principal aliado (biblioteca de Consulta

Encarta, 2011, referencia a Internet2), esto quiere decir que se puede realizar una operación vía internet2, por la precisión que se tiene con este sistema operativo.

3. Informática

La Academia de Ciencias francesa es la que intentó, en 1966, la primera definición sistematizada, sosteniendo que "informática es la ciencia del tratamiento sistemático y eficaz, realizado especialmente mediante máquinas automatizadas, de la información, contemplada como vehículo del saber humano y de la comunicación de los ámbitos técnico, económico y social" (oficina intergubernamental para la informática, 1978, documento IBI, pág. 3).

De dicha primera intención conceptual, aun manteniéndose la validez de la definición original, se fue evolucionando siguiendo un proceso en virtud del cual la informática fue adquiriendo una amplitud mayor a la originariamente concebida. Se fueron aportando, entonces, nuevos conceptos que expresan con mayor felicidad la amplitud de su contenido.

Así, se la definió como "la disciplina que estudia el fenómeno de la información, y la elaboración, trasmisión y utilización de la información principalmente, aunque no necesariamente, con la ayuda de ordenadores y sistemas de telecomunicación como instrumentos".

Según la Real Academia de la Lengua Española, es el conjunto de conocimientos científicos y de técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras. La informática combina los aspectos teóricos y prácticos de la ingeniería, electrónica, teoría de la información, matemáticas, lógica y comportamiento humano. Los aspectos de la informática cubren desde la programación y la arquitectura informática hasta la inteligencia artificial y la robótica (Real Academia de la lengua Española, 2011, búsqueda Informática).

Podemos citar, asimismo, la definición adoptada en un trabajo de un grupo de profesores uruguayos Delpiazzo y montano, sosteniendo que es "la ciencia del tratamiento lógico y automático de la información" (Delpiazzo, pág. 15).

Aporta también un claro concepto el Centre de Recherches Informatiques et Droit des Facultes Universitaires de Namur, al decir que "son los aspectos de la ciencia y la tecnología específicamente aplicables al tratamiento de la información y, en particular, al tratamiento automático de datos" (Universidades de Namur, 1983, pág.19).

4. Derecho informático

El Dr. Bielsa dice que es una ciencia rama del Derecho, que estudia las normas jurídicas legisladas que regulan el ambiente informático, así como la doctrina y jurisprudencia que trate esta materia (Bielsa, 1987, pág. 6).

Altmark menciona que: "El derecho informático es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática" (Altmarrk. 1987, pág. 7).

El investigador concluye que el derecho informático no es más que el conjunto de conocimientos, normas, principios e instituciones que tienden a regular y sistematizar las relaciones jurídicas que surgen de la informática.

5. El derecho de la telemática y la informática jurídica

El derecho de la informática tiene como aspectos jurídicos la memorización, o almacenamiento de información, y al tratamiento de las informaciones, o procesamiento de datos.

El derecho de la telemática se distingue de el derecho informático, porque la telemática se refiere al transporte de aquellas informaciones en un contacto parcial con el derecho de la información: numerosas aplicaciones informáticas se realizan por transporte de información, y éste es el caso de la generalidad de los contratos

informáticos, ya sea vía email, o traspaso de datos, algunos son específicos de la telemática, como circulación de información analógica, problemas de monopolios de comunicación o de elementos, y la relativa a la comunicación audiovisual y sus secretos de aplicación, etcétera.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la informática jurídica como “una ciencia que estudia la utilización, instrumentalización, aplicación y ayuda eficaz para desarrollo jurídico, de aparatos o elementos físicos electrónicos, en el Derecho (RAE, 2011, búsqueda informática jurídica)”

El Dr. Bielsa y el profesor Daniel Altmark (1987) expresa que la informática jurídica es “la aplicación concreta de la informática al derecho comprende los sistemas de archivo y documentación jurídica, de asistencia en las tareas administrativas de apoyo a las actividades jurídicas y la construcción de modelos para la comprensión del sistema jurídico” (Bielsa y Altmark, 1987, pág. 7).

En opinión del postulante la informática jurídica, es la aplicación de todos los conocimientos informáticos al ámbito jurídico, para un mejor desenvolvimiento en su ejercicio.

6. Relaciones entre el derecho informático y los contratos concluidos por vía informática

El derecho informático es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática (Bielsa, 1987 pág. 7), en tanto que los contratos informáticos son acuerdos de partes concluidos por vía informática que crean, modifican y/o extinguen relaciones jurídicas.

En este sentido, el derecho informático contiene a la materia de los contratos vía informáticos. En síntesis el derecho informático es macro, lo principal, el todo y los contratos informáticos son una parte, o un subconjunto.

El derecho informático, estudia a los contratos informáticos, desde la arista tecnológica aplicada al derecho, haciéndola un objeto de estudio delimitado, ya que se encuentra en el ámbito informático.

Los contratos vía informática, son primero un problema jurídico, por los límites, y responsabilidades legales, implícitos en ellos, entre otros, y también es un problema informático, por inconvenientes de programación y seguridad telemática, y otros.

La presente investigación tiene como objeto la funcionalidad de los contratos, y por medio de la presente investigación también resolverá aunque en un sentido amplio, esta problemática.

7. Concepciones sobre el contrato informático

Sentido en el que se utilizará la investigación

Desde una óptica jurídica existen dos maneras diferentes de conceptualizar al contrato informático y éstas responden a dos ideas también diversas sobre lo que este contrato representa. Una está referida al objeto sobre el que versan estos contratos en tanto que la otra a los medios utilizados para la formación del contrato.

De acuerdo a la primera, que a los fines esta investigación será denominada impropia por el investigador, son contratos informáticos aquellos cuyos objetos (materiales o intelectuales) son de naturaleza informática, y que comprende por tanto al equipamiento, software y/o servicios informáticos.

Al respecto, Carlos Ghersi define a los contratos informáticos como “aquellos que establecen relaciones jurídicas respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad o el uso y goce de bienes o prestar servicios, ambos informáticos”. (Gheresi, 1992, pág. 305) Téllez, por su parte, señala que “el contrato informático es todo acuerdo de partes en virtud del cual se crean modifican extinguen obligaciones relativas a los sistemas, subsistemas o elementos destinados al tratamiento sistematizado de la información” (Téllez, 1989, p. 17).

Por su parte, Bonneau en 1984 propone la siguiente clasificación sobre los contratos informáticos:

- 1) El contrato de venta de equipo informático (hardware) o de programas (software).
- 2) El contrato de *leasing*.
- 3) El contrato de locación de equipo o de programas.
- 4) El contrato de horas-máquina
- 5) El contrato de mantenimiento.
- 6) El contrato de prestaciones intelectuales.
- 7) El contrato de prestación de servicios (Bonneau, 1984, pág. 29).

De acuerdo a la segunda concepción, que será denominada propia a los fines de esta investigación y utilizada en adelante, un contrato informático es aquél que ha sido formado a través de medios informáticos, independientemente del objeto sobre el que versen, que bien puede tratarse de bienes informáticos o no.

Al respecto, Feldstein manifiesta que la noción de los contratos informáticos puede entenderse al menos en dos perspectivas diversas. La primera está “referida al contrato cuyo objeto es la prestación de productos o servicios informáticos”, en tanto que la segunda “vincula al contrato que se celebra mediante el uso o empleo de medios telemáticos o informáticos”, es decir, para aquél en el que “se incorporan las nuevas formas de contratación ofrecidas por la tecnología moderna” (Feldstein, 1995, pág. 13).

Esta investigación está referida a los contratos concluidos por vía informática, es decir, a los contratos informáticos propiamente dichos, los cuales, en opinión del postulante, se hallan comprendidos dentro de la amplia definición del art. 450 del Código Civil, según la cual "hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica", toda vez que esta norma no establece, ni limita, el medio por el cual debe realizarse.

8. Similitudes con los contratos en general

Los contratos normales y los contratos informáticos, por principio y en forma general no difieren en esencia. Los contratos son el género y los contratos concluidos por vía informática constituyen una de sus subespecies.

Se pueden observar los mismos elementos constitutivos: el consentimiento la capacidad de las partes, objeto, causa, motivo, y en algunos casos la forma estudiados anteriormente, las diferencias con los contratos en general se estudiarán a continuación.

8.1. Características que los diferencian con los contratos del régimen común

Los contratos informáticos cuentan con rasgos distintivos que justifican su estudio separado de los contratos en general, por ejemplo: el medio, los conflictos jurisdiccionales, y las obligaciones del oferente que se estudian a continuación

8.2. Principios aplicables

A) Forma: El medio

Estos contratos deben ser realizados por medios telemáticos, es decir, utilizando las funciones y software de las computadoras, como opinan Trigo Represas y Stiglitz en el “perfeccionamiento, intervienen dos o más partes comunicadas entre sí por medio de una o más computadoras” (Trigo Represas y Stiglitz, 1989, pág. 137).

De acuerdo a Feldstein, el usuario se vale del ordenador para transmitir un acto de voluntad ya perfeccionado. La transmisión de los datos a distancia se concreta por medio de líneas telegráficas o telefónicas donde basta la presencia de los módems, cuya función consiste en convertir el lenguaje numérico de los ordenadores en lenguaje audible que se envía a través de la línea telefónica y es convertido en números binarios por el modem situado en el otro extremo, (Feldstein, 1995, p. 14) estos elementos son compartidos por Trigo Represas y Stiglitz añadiendo que “sea a través de la ejecución automática de órdenes que cada sujeto haya impartido mediante un programa previamente inserto, y el

lenguaje con números binarios va mas allá, los autores refieren que el modo de exteriorización de la voluntad de las partes “en la celebración de contratos a través de computadoras, al exteriorizarse, asume la forma de señales electromagnéticas..... y su visualización en la pantalla o su reproducción papel a través de una impresora, constituye una sucesiva decodificación en símbolos gráficos y legibles....., Este asume gran importancia en lo que hace al perfeccionamiento del contrato.” (Trigo Represas y Stiglitz 1989, pág. 140-141), la solución a este elemento de perfeccionamiento es la aceptación de ambas partes, pero no basta con enviar la información vía telemática sino que se decodifique la información que lleva la aceptación de ambas partes cabe resaltar que una de ellas oferta y la otra acepta, para el perfeccionamiento del contrato vía informática.

El modo más idóneo, y de fácil acceso en la comunicación entre dos computadoras interconectadas “es el denominado correo electrónico (*e-mail*), que es dirigido desde una máquina hacia la *dirección* de la otra. Esta *dirección* es una referencia semejante al número de teléfono.” (Sir Farm Mutual pág. 87).

Existen también los contratos de adhesión, en los cuales no existe una contraoferta, en el cual la parte pasiva aceptante es pasiva y solo se limita a aceptar el contrato modelo, tal cual este descrito, sin la facultad de cambiarlo en ninguna forma.

B) Conflictos jurisdiccionales

Otro elemento que destaca en los contratos informáticos, es la ley aplicable que según Feldestein vamos a encontrarlo en dos situaciones:

- 1) Cuando las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, han preseleccionado en sus transacciones internacionales, la ley aplicable (Feldestein, 1995, pág. 20),
- 2) Cuando ante la falta de elección de ley aplicable por las partes en sus contratos internacionales, es necesario recurrir a tales fines, a lo que ha establecido en esta hipótesis el legislador. En lo que Savigny (1874) denominara como "interpretación de la voluntad pasiva", (Savigny, 1874) actúan dos principios. El primero señala

que la legislación aplicable en un conflicto jurisdiccional se resolverá en la legislación donde se suscribió el contrato o la legislación del nacional del cual procede si se trata de un contrato de adhesión. El segundo principio sostiene que la legislación aplicable es aquella en la cual se deba cumplir la obligación, el art. 462 señala que el lugar del contrato entre no presentes es donde ha sido propuesto.

C) Obligaciones del oferente

El oferente tiene la obligación de informar, esta postura es secundada por Correa, y la doctrina – jurisprudencia francesa, “esta obligación comprende los deberes de informar, prevenir, y aconsejar.” (Correa Carlos, 1987 pág. 163), esto conlleva que todo defecto, incompatibilidad, daño, etc. que no se pueda percibir por la pantalla o medio electrónico, de comunicación debe ser mencionado en la oferta y en el contrato, para no provocar conflictos jurídicos en un futuro.

En conclusión, el oferente tiene la obligación y el derecho de informar y advertir sobre todos los rasgos de la cosa o servicio, objeto del contrato. Así, si el objeto se encuentra nuevo, la compatibilidad con otra maquinaria o instrumentos complementarios, la empresa a la que pertenece, la procedencia, y toda aquella información que de certeza y sea relevante para el comprador. De otro lado, tratándose de servicios, el oferente deberá igualmente detallar el alcance exacto de los servicios a ser contratados.

D) Obligaciones del aceptante

La obligación que el aceptante posee, es la de cumplir la obligación a que se comprometió, la obligación de hacer, no hacer, que en este caso en particular casi siempre es pecuniaria cancelando la totalidad del precio del producto.

También se puede mencionar alguna obligación devenida de la principal, que se debe cumplir, o alguna otra que el ofertante disponga en el contrato.

8.3 Principios no aplicables

Uno de los principios es el lógico por el cual no se puede realizar un contrato informático, o no es aplicable, si no cumple con la forma y requisitos especiales de los contratos vía informática, nos encontramos ante una inaplicabilidad de principio, ya que por lógica no nos encontraríamos ante un contrato vía informática.

Otro principio por el cual no se pueden aplicar los contratos informáticos, es la no aceptación legislada de los contratos informáticos, y que esta no sea compatible con la legislación de la nación en la cual se utilicen estos contratos.

Se debe adema reunir los siguientes requisitos:

- A) “El foro no debe ser elegido en virtud de la explotación de las diferencias por parte del más” fuerte” en el proceso de contratación
- B) No debe ir en contra de las normas públicas.” (Trigo Félix, Stiglitz Rubén, 1989 pág. 497)
- C) “No debe haber sido elegido para transferir una disputa local a un lugar remoto a fin de incomodar a una de las partes.” (Hutley Vs. Alejandro, Manrique Vs. Fabbri, 1986, fojas 1º)
- D) “No debe afectar la soberanía política ni la independencia económica del país.”
- E) “No debe violarse el debido proceso legal” (Smith Juan, 1976).

Todos estos requisitos van a contrarrestar la indefensión y la inequidad entre las partes contratantes.

9. La etapa precontractual, en los contratos concluidos por medios informáticos

El período precontractual nace en el momento de la iniciativa que relaciona a las partes del futuro contrato, es decir, en el momento en que comienzan las negociaciones contractuales con la emisión de la oferta que realice una de las partes a la otra.

En los contratos concluidos por medios informáticos, la etapa precontractual comprende diversas etapas según el Dr. Pearret:

a) Estudio de las necesidades del usuario, u obligación del oferente de informar

- Determinación de la oportunidad: necesidades del comprador.
- Determinación del objeto;
- Determinación de especificaciones funcionales y técnicas requeridas
- Elección de soluciones a futuros conflictos.

b) Negociación del contrato

Es la etapa en la cual se realiza la oferta, la contraoferta y como resultado la conclusión efectiva del contrato vía informática, observando a ambas partes para su realización, conclusión y aceptación.

En los contratos de adhesión no existe la contraoferta, solo la aceptación por parte del aceptante, ya que existe un contrato preexistente el cual requiere solamente la aceptación.

c) Supervisión del plan de implementación del sistema o manual del usuario

Existen dos maneras de realizar el plan, el primero se refiere al manual de operación o de uso de la cosa, que las empresas expiden u otorgan al momento de la adquisición al comprador, para realizar un correcto y buen uso del material o cosa adquirida. En el segundo caso se da el hipotético de que existiese un software, que debe implementarse, ya sea para un producto, o que el objeto o producto en si es un software, este llega a ser un elemento suplementario del contrato, ya que la cosa motivo del contrato debe tener un manual, para que pueda tener un buen funcionamiento y no tener futuros reclamos sobre su utilización.

9.1. Documentación precontractual

Nuestra legislación acepta:

A) La oferta como un medio precontractual, para la realización efectiva del contrato, por tanto todo documento que brinde información en forma general o específica, de objetos, y su intención de hacer uso de su derecho propietario, se considera un documento precontractual, sea por el medio que sea, en la investigación presente por vía informática, éstos además pueden ser:

- 1) Documentos generales (que no se refieren específicamente a una prestación determinada del período contractual).
- 2) Documentos específicos: representan acuerdos sobre determinadas prestaciones en particular.

Pero tomando en cuenta, la aceptación de ambas partes, tanto del ofertante como del aceptante.

B) La contraoferta: que es el documento por el cual el usuario o el comprador realiza una respuesta a la oferta, del vendedor, ya sea cambiándola, mejorándola, u otro, por vía informática, se debe resaltar que esta debe ser sobre el objeto ofertado.

C) Aceptación: ambas partes se encuentran de acuerdo para realizar un contrato vía informático, sobre un objeto determinado, con ello se da lugar al contrato informático.

La información precedentemente no difiere en nada con el contrato en general, y con el código civil boliviano, empero la diferencia sustancial en lo expuesto anteriormente se sostiene en el modo y al forma en que será realizado el acto, uno de los objetos de estudio de la presente investigación es el contrato informático y el investigador se debe a él, por tanto el contrato informático es eficaz en este caso solo cuando se lo realice por medios informáticos, es decir que el documento precontractual, la oferta, la contraoferta, siempre debe realizarse por

medios electrónico, solo se los puede realizar por medio del internet u otro medio de interconexión internacional (Pearret,1982, pág. 45).

10. Etapa precontractual

10.1. Obligaciones de entrega o instalación

Esta obligación se cumple con:

- La entrega del equipo
- La instalación en el lugar físico en que va a funcionar

Hasta la entrega. El proveedor debe asumir todos los riesgos, deben estar a su cargo todos los seguros.

A veces el equipo está formado por diversos componentes. En estos casos es importante disponer expresamente que el equipamiento se considera entregado, una vez entregadas todas sus partes, pues la falta de entrega de algunos de sus componentes puede ser equivalente a la falta de entrega total, si el equipo no puede funcionar sin el elemento faltante.

La entrega del equipo solo se perfecciona cuando ésta se realiza junto con los *accesorios* necesarios para su operación. Dentro de estos accesorios podemos incluir la documentación y el software de base, necesario para su funcionamiento

a) Transmisión de dominio

La transmisión del dominio se produce *cuando el equipo es instalado y se encuentra en perfecto funcionamiento*, y no como suelen decir los contratos preimpresos *cuando se halla instalado y listo para su uso*.

b) Test de aceptación

Es conveniente que se prevea en los contratos los denominados “*test de aceptación*”: donde el adquirente no debe aceptar el equipo ni asumir obligaciones de pago final hasta que el vendedor haya probado que ha pasado determinadas pruebas. Además de las pruebas en el domicilio del vendedor, debe establecerse expresamente que no se transmitirá el dominio hasta tanto no se pruebe en el lugar donde va a funcionar el equipo (del comprador) el buen funcionamiento.

Una vez entregado e instalado el equipo, el vendedor debe certificar por escrito que el equipo está listo para el test de aceptación. En este caso, el usuario debe comprobar, en un plazo prudencial, el buen funcionamiento del equipo, con el software, y la inexistencia de vicios de fabricación. (Test de fuerza: probar si soporta la cantidad de datos necesarios, requeridos).

La jurisprudencia francesa ha interpretado que la prueba de la no conformidad está a cargo del adquirente insatisfecho, quien además no deberá expresar su disconformidad en forma tardía.

Es aconsejable establecer claramente los métodos y parámetros aplicables a los test de aceptación, a fin de que pueda juzgarse objetivamente la conformidad o no con la especificaciones pactadas., ya que sino el adquirente podría rechazar el equipo sin otro recaudo adicional.

Una vez cumplidas satisfactoriamente las condiciones es conveniente la extensión de un certificado de aceptación, suscripto por ambas partes.

Los test de aceptación sugeridos en este acápite, se utilizarán, en la parte funcional y de aplicación, como un medio de prueba válido, además que protegerá a ambas partes de posibles estafas informáticas.

10.2. Garantía

Una vez instalado el equipo comienza a correr un período de garantía donde se toman recaudos frente a las fallas o posibles errores que se generen.

El vendedor debe garantizar al adquirente sus obligaciones más importantes.

Los contratos preimpresos no incluyen cláusulas de garantía o las contienen redactadas bajo fórmulas muy genéricas, con alcances limitados.

Los contratos deben contener clara y expresamente establecidas garantías concernientes a ciertas cuestiones claves:

- Que el vendedor tiene el dominio del hardware y el derecho de venderlo a cliente
- El funcionamiento del equipo
- La adaptabilidad del equipo al software especificado en el contrato, cuando fuere el caso.
- Otorgar garantías de compatibilidad: las computadoras no trabajan sin un software, motivo por el cual no se puede contratar sobre una computadora sin prestar atención sobre aquel.
- Además puede ser que el adquirente quiera conectar esos equipos a otros existentes.
- Además esta garantía debe ser por un período razonable de tiempo
- Es importante definir en los contratos de equipos al software, y todos los programas incluidos en el contrato.

Existen los siguientes softwares:

- software operacional: que se relaciona con los sistemas operativos

-software de aplicación: que es el que permite al adquirente conseguir su objetivo final.

Todos estos últimos elementos deben concurrir en un contrato, si el objeto del mismo es un software, en cuyo caso el contrato es un contrato informático, en nuestra clasificación inpropio, por tanto estos elementos solo existirán si estamos ante un contrato informático.

10.3. Conjuntamente con la garantía comienza a correr un periodo de mantenimiento

El mantenimiento puede ser:

-Preventivo: garantiza el normal funcionamiento del equipo.

-Correctivo: restablece el funcionamiento normal al equipo, una vez sucedido un hecho que obste su funcionamiento.

El mantenimiento debe realizarse con personal capacitado, ya sea sugerido por el vendedor o por la empresa productora del objeto, este mantenimiento debe ser convenido por ambas partes, en el contrato vía informático, y debe ser posible físicamente, ya que recordemos que este tipo de contratos se realizan entre partes que no se encuentran en el mismo ámbito territorial, por tanto un mantenimiento puede ser imposible, en tal caso, solo la sugerencia, de un profesional bastará, o se puede dejar de lado la convención sobre el mantenimiento.

10.4. Indemnidad en materia de patentes.

La indemnidad no es otra cosa que la responsabilidad que tiene el vendedor por los derechos de la cosa, el sujeto responsable ante un proceso en materia de patentes, y utilización de una cosa, en los contratos informáticos se expresa:

-El vendedor deberá defender al comprador en sus derechos ante reclamos sobre infracciones de patentes en relación al equipo adquirido (judicial o extrajudicial).

-En el supuesto de que se compruebe una infracción, el vendedor debe asegurar una solución al adquirente:

Soluciones posibles son:

-El vendedor procure los medios para que el comprador pueda seguir utilizando el equipo.

-Modificar el equipo para dejarlo fuera de la infracción

Lo importante es que el adquirente no quede imposibilitado de usar el equipo

Además el vendedor deberá:

-Compensar los daños ocasionados

-Hacerse cargo de las costas judiciales y demás gastos que ocasione

En el presente punto se garantiza es que la utilización y el desarrollo de la cosa comprada, no esté afectado por un derecho de un tercero:

-En el hardware: patente

-En el software: derechos de autor

-Cosas que no son Informáticos: Patentes industriales, patentes de uso, derechos de autor, etc.

Ejemplo:

Contrato con mi proveedor el desarrollo de un equipamiento novedoso.

Mi proveedor en realidad lo que hace es tomar un hardware ya diseñado por otra persona y me lo vende.

El titular de ese hardware inicia un proceso por el cual pide que se le pague por sus derechos, ya que porque yo no poseo la patente, como resultado probable se debe, en base al contrato, repetir contra el proveedor.

-En caso de surgir algún inconveniente con algún tercero, el proveedor se hará cargo de todos los daños y perjuicios.

10. 5. Capacitación

Asegurar la formación del personal del comprador, o sugerirle una empresa especializada, suministrando los conocimientos técnicos necesarios para el buen funcionamiento del equipo.

10. 6. Repuestos

La explotación normal del equipo requiere además tener acceso oportuno a los repuestos necesarios para superar las fallas que puedan presentarse.

10. 7. Software

El hard tendrá que ser provisto con el software de base: el que hace funcionar el hard.

10.8. Actualización

Se puede pactar un servicio de actualización, donde se establece:

-La provisión de los componentes

-El análisis de cuáles son los componentes necesarios para la actualización

Se consideran obligaciones sustanciales del proveedor garantizar:

-La compatibilidad y accesorios, de otros objetos, con el obtenido.

-La adaptabilidad en el transcurso del tiempo, es decir que su función no quede obsoleta, este punto solo en los contratos informáticos inpropios.

10.9. Precio

Se pactará que el mismo se hará a partir de la aceptación definitiva del objeto por parte del cliente, una vez que ellos hayan pasado con éxito el período de prueba y estén funcionando conforme a las especificaciones técnicas del vendedor.

10. 10. Instrucciones de uso

Deberá, EL USUARIO, utilizar el objeto, siguiendo las instrucciones técnicas del vendedor.

El incumplimiento libera al vendedor de responsabilidad por el buen funcionamiento. Y el usuario perderá la garantía. (Contratos informáticos, 2001, monografía).

11. Prueba del contrato vía informática

El problema a resolver es como probamos un acuerdo bilateral vía informática, la respuesta es resuelta por Trigo Represas y Stiglitz que exponen “el contrato se hallará contenido en los pulsos electromagnéticos y puede quedar almacenado en la memoria de la computadora , o en un disco o cinta magnética”, ahora podemos hablar de memorias extraíbles, este documento dicen también “constituye una cosa representativa de un hecho y está dotado de corporalidad propia del pulso electromagnético”, esta sería la forma para fines probatorios, y existen las “siguientes posibilidades:

- A) Si el legislador no exige una forma determinada, el contrato se podrá probar en su forma electromagnética, en tanto forma convencional pactada por partes en

virtud del principio de libertad de formas, que en nuestro caso sería la facultad contractual, que se basa en la libertad de dar un marco contractual cualesquiera, siempre y cuando se enmarque en la legalidad y la posibilidad.

- B) El contrato adquirirá posibilidad práctica de ser probado, cuando asuma la forma escrita en papel por medio de impresora..... se obtendría entonces una copia, ya que el contenido está originalmente en los pulsos electromagnéticos (Trigo Represas y Stiglitz, 1989, pág. 144), la modificación unilateral de los datos o la impresión invalidan, retrotrae los efectos solamente a lo pactado, o puede observarse como una nueva oferta, si existiese una modificación dolosa por una de las partes este llegaría a constituirse en un delito, por lo tanto anular todo lo no pactado, y comprometer en su conjunto a todo el contrato y lo pactado.

Se admite que el documento, “no se trata del contrato volcado en papel, entonces podemos incluir al instrumento que contiene el contrato en la categoría de instrumento particular” (Felix a. Trigo Represas y Ruben S. Stiglitz, 1989 pág. 145).

En los contratos de adhesión existe la opción de imprimir, y se imprime tal cual se suscribió el contrato, sin la posibilidad de modificarlo.

11.1. LA NO CONCLUSIÓN DEL CONTRATO VÍA INFORMATICA

La no conclusión del contrato, por su parte, provendrá de la ruptura de las negociaciones, en ocasiones de un retiro de la oferta y excepcionalmente de la violación de un preacuerdo o acuerdo preliminar. Corresponde determinar bajo qué condiciones la ruptura de las negociaciones, el retiro de la oferta o la violación por una de las partes de acuerdos preliminares concluirán en responsabilidades jurídicas.

Según Pouillet el principio de libertad contractual no impide el lógico juego de la responsabilidad de quien ha causado la ruptura de las negociaciones precontractuales, vinculándose con el concepto de la buena fe, no existe ningún tipo de problema cuando

ambas partes rompen negociaciones con razones justificadas, pero sí existe un problema cuando una de las partes incumple, y causa un perjuicio o daño (Pouillet, 1982, pág. 92).

Las partes intervinientes en una relación contractual informática se deben a la buena fe, es decir, están ligadas a deberes de rectitud, lealtad y colaboración en la conducción de sus negociaciones previas a la existencia misma del contrato.

Al respecto de la buena fe en la etapa precontractual, Bersaques (1969) considera que los redactores del Código Civil francés “no entendieron limitar el rol de la buena fe al período de ejecución del contrato” (Bersaques, 1969, p. 497). En efecto, determinados actos de las partes, ciertos errores de conducta cometidos en el período precontractual, establecen responsabilidades, inclusive vinculadas a la no conclusión del contrato.

En conclusión si ambas partes ven por conveniente dejar sin efecto la oferta, la contraoferta, u otro documento precontractual informático, no tiene relevancia alguna, pero si por el contrario una de las partes incumple la buena fe con sus deberes de rectitud, lealtad y colaboración, y con esto causara un perjuicio a la otra parte, de igual forma que en un contrato se tiene sanciones tanto civiles como penales.

11.2. Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el periodo precontractual

Al incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes en la etapa que analizamos, corresponde aplicarle la sanción de la responsabilidad civil correspondiente a la anulación o resolución pre-contractual.

Además de la responsabilidad civil, en nuestro código civil solo se menciona: el debido resarcimiento del daño que se ocasione por negligencia, imprudencia u omisión, de las partes, esto es expresado en los art 344 adelante.

11.3. Formación del contrato vía informática

El contrato vía informática, al igual que cualquier otro contrato se forma efectivamente, o mejor dicho se perfecciona, al aceptar los términos de cada parte, dando como resultado un *precontrato* que solo obliga a suscribir un contrato formal y definitivo en el futuro, que después de ser aceptado por ambas partes, se convertirá en un contrato vía informática formalizado, cabe hacer notar que una vez que este precontrato y la aceptación del contrato sean realizados por vía electrónica, entre computadoras, ya se puede hablar de un contrato perfeccionado y propiamente dicho.

11.4. La contratación electrónica

Se denomina *contratación electrónica*, a la acción de adquirir derechos y contraer obligaciones de cualquier índole, que se realiza mediante la utilización de algún elemento o medios electrónicos, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento, o la interpretación de un acuerdo (Rodríguez Davara, 1997 pág. 165).

11.5. De la responsabilidad civil

La responsabilidad civil nace, como tal, por la imperiosa necesidad jurídica de hacer frente a las consecuencias del obrar culpable -culposo o doloso- que ha ocasionado un daño a otro. Su presupuesto, el acto ilícito, concebido "como el acto voluntario con cuya ejecución se viola una regla de derecho, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia y que, de producir un daño, obliga a su autor a repararlo" (Acuña Arturo pág. 4).

Los presupuestos son: la ilicitud, la culpabilidad, la relación de causalidad entre la conducta y el daño, y éste mismo; el efecto: la obligación de resarcir el daño injustamente causado, o sea, hacerse cargo de las consecuencias dañosas de la propia conducta.

Nuestra legislación expresa en el Art. 339 lo siguiente: "El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba

que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable”.

Y describe cual es el daño a resarcir en razón del incumplimiento o del retraso, “comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, con arreglo a las disposiciones siguientes”

11.6. Daños a la actividad judicial e informática

Si alguna de las obligaciones del contrato de cualesquiera de las partes faltaría, no habría obligación de responder.

La responsabilidad civil se estructuraba sobre la base del acto ilícito, o sea, de ese trozo o parcela de la conducta del sujeto, sobre quien habría de pesar la obligación de soportar las consecuencias de su obrar.

11.6.1 La culpabilidad

La conclusión unánime de la Comisión Nº 3 del Congreso Internacional de Derecho de Daños en honor del Dr. Jorge Mosset Iturraspe declaró: "La responsabilidad no se agota en el riesgo creado, existen otros factores objetivos de atribución tales como: la equidad, la garantía legal, la desigualdad en la distribución de las cargas públicas. Es también fecunda fuera de la normativa civil la existencia de factores objetivos, sino que se reconocieron numerosas razones por las cuales un sujeto puede aparecer obligado a responder de las consecuencias dañosas sufridas por otro" (Mosset Iturraspe, 1989).

De ese modo, se transformaba un elemento de la responsabilidad que no se conocía con exactitud su alcance. La responsabilidad no era la culpa, se debe observar otros elementos en el contrato, como la buena fe, una cláusula lesiva a una de las partes, errores en la descripción de obligación, y si estos causan un daño pecuniario.

11.7. Prevención de daños

Es importante, la existencia de prevención de daños contractuales, mediante una ley, que regule los contratos vía informática, que otorgue seguridad jurídica, y que prevenga la indefensión de ambas partes.

O como propone el investigador hacer válido el contrato vía informático, otorgándole funcionalidad, es decir que sean utilizables, y válidos en el contexto nacional, con las normas ya dispuestas, haciendo además cumplir las sentencias extranjeras, y pedir que se ejecuten las sentencias bolivianas en el extranjero.

11.8. Efectividad de resarcimiento

La problemática del resarcimiento se manifestó en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños en honor del Doctor Jorge Mosset Iturraspe, en la recomendación propiciada por la Convención N° 3, que unánimemente propugna que "debe garantizarse normativamente a la víctima la seguridad y la rapidez en el cobro de la indemnización" (s/p) y que "debe garantizarse eficazmente por la instauración de seguros obligatorios y fondos comunes de garantía respecto de las actividades de mayor virtualidad dañosa". También la Comisión N° 4 de ese mismo Congreso coincide en la expresión de similares anhelos (Convención N° 3, 1989).

12. Libertad contractual en los contratos concluidos por medios informáticos

La autonomía privada en el ámbito negocial según el Dr. Betti "es la potestad atribuida a la voluntad en punto a la autorregulación de relaciones jurídicas", por tanto "el contenido es suministrado, como quedó expresado por una o la totalidad de las partes". (Betti, 1985, p.3) La postura del investigador al respecto sobre la libertad contractual "es decir que es la facultad de elegir los términos del contrato" empero la libertad contractual, como fue manifestado en esta investigación, consiste en la facultad que tiene las partes para determinar la creación, modificación y/o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales a través del contrato, con el sólo límite de lo establecido por las normas de orden público. Este concepto de la teoría general del contrato resulta aplicable también a

los contratos concluidos por medios informáticos, pero adquiere una mayor relevancia en éstos, puesto que, a través de la libertad contractual, a las partes les es dado también el derecho a elegir las normas jurídicas que regularán sus relaciones contractuales de carácter internacional así como también la jurisdicción competente.

Se distinguen dos componentes en el ejercicio de la antes referida libertad contractual en los contratos concluidos por medios informáticos. El primero, consiste en la posibilidad de elegir la ley o el derecho aplicable a la relación contractual internacional, es decir, el conjunto de normas a los que está sujeto el contrato en lo que refiere a su formación, interpretación, eficacia jurídica y extinción. El segundo, por su parte, consiste en la posibilidad de elegir la jurisdicción competente para conocer los litigios y controversias que puedan surgir en ocasión al contrato. (*Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Buenos Aires, 1994*).

Si bien el derecho aplicable a los contratos internacionales será el del Estado en el cual la obligación deba cumplirse la fórmula *lex loci solutionis* se tomara como punto de conexión subsidiario a la autonomía de la voluntad. Siguiendo a Díaz Delgado, el postulante sostiene que el *pacto de lege utenda*, celebrado por las partes contratantes, es válido y sólo en ausencia de pacto en este sentido debe recurrirse a la aplicación del derecho del Estado de cumplimiento del contrato (Díaz, pág. 236).

En el caso de Bolivia, el lugar del cumplimiento puede ser resultado de un convenio de acuerdo según el art. 310 en el párrafo primero, siempre y cuando ambas partes se encuentren presentes, el art. 462 apoya el articulado anterior, pero en esta ocasión se observa a las partes que no se encuentran presentes o que se encuentran en distintos lugares y se describe: “Entre no presentes el lugar del contrato es aquel donde ha sido propuesto,”

Con el Art. 454 del código civil, las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y ello, concordante con el Art. 519 del mismo cuerpo legal, tiene validez similar a la de una ley, vinculando así a las partes al cumplimiento de estos acuerdos. Es decir, en el ordenamiento jurídico nacional, el principio de la libertad contractual está admitido.

En opinión del postulante, esta admisión del principio de libertad contractual en materia de contratos concluidos por medios informáticos determina que también deban admitirse acuerdos de las partes sobre la elección del derecho aplicable y que estos acuerdos son válidos.

Al respecto, opina el Dr. Silva Alonso que es absurdo que la ley obstaculice la elección del derecho aplicable cuando éste no afecta el orden público ni las buenas costumbres (Silva, 1995, pág. 136). El Dr. Ruiz Díaz Labrano sigue esta misma línea de pensamiento. Por su parte, el Dr. Moreno Rodríguez entiende además que resulta un argumento a favor de la admisión de la autonomía de la voluntad el hecho de que diversos instrumentos internacionales admiten la autonomía de la voluntad, señalando como ejemplos a la Convención de Nueva York de 1958 relativa a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, y al Protocolo de Buenos Aires de 1994, éste último se encuentra tratado en el punto IV. 1 del presente trabajo de investigación (Rodríguez, 2007, pág.1515).

12.1. La autonomía de la voluntad en el derecho internacional

Para obtener una mejor resolución y normas claras en un conflicto privado se requiere a ambas partes para seleccionar y delimitar el contrato mediante la autonomía de la voluntad, el Dr. Miaja de la Muela menciona que la autonomía de la voluntad en el derecho internacional es el "...patrocinio de la libertad de los contratantes para sujetar el contenido del negocio a la ley que las partes prefieran" (Miaja, 1963, pág. 212), y por su parte, el Dr. Goldschmidt nos dice lo siguiente: "... Consiste en poder elegir el derecho privado aplicable a un contrato con contacto extranjero" (Goldschmidt, 1970 pág. 179).

El investigador esta en concordancia con la anterior exposición, ya que es una facultad de elección de foro, pero solamente de derechos transigibles y privados, entre nacional y extranjero, por ello debe estar enmarcado al ámbito civil.

La libertad contractual es permitida y está reconocida en nuestra legislación, por tanto es la base fundamental de la convención de partes, por medio de ella se puede

realizar cualquier tipo de contrato, convenir sus limitaciones, y en este caso se puede contratar una cláusula de legislación y jurisdicción aplicable, que es perfectamente legal, que se basará en la libertad contractual, pero esta no es la única base, existen muchas otras, que se estudiarán posteriormente.

12.2. Métodos de elección al derecho aplicable

Existen varios métodos para elegir el foro o la legislación que ambas partes acuerden, Trigo Represas y Stiglitz exponen:

1. Elección de un derecho estatal interno.

“Dicha elección lleva en sí un aspecto positivo y otro aspecto negativo. El primero es la selección de una ley que gobernará el contrato. El segundo consiste en la “exclusión” del derecho enviado por la norma indirecta (Trigo Represas y Stiglitz, 1989, pág. 137).

Es decir que al tener una jurisdicción por convenio, se rechaza y se niega a la otra jurisdicción, sin que esta pueda intervenir.

El uso de la autonomía conflictual (elección de un determinado derecho) puede ser expresa o denotable (Goldschmidt, 1970 p.179), quiere decir según Trigo Represas y Stiglitz “que se realice expresamente, sea cierta y real, y que sea compatible o razonable con los términos del contrato” (Trigo Represas y Stiglitz, 1989, pág. 493).

Este criterio se encuentra en la Convención de la Haya que en su art. 7 que dispone “La venta es regida por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección deberá ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato y del comportamiento de las partes”, la elección de una nueva ley “No irá en contra de la validez de la forma ni afectará los derechos de terceros”.

Elección de un derecho internacional privado interno:

Se debe hacer uso de la cláusula de legislación y jurisdicción aplicable, así también reconoce el Código de Derecho Internacional Privado de Checoslovaquia en su

Art. 9 y dice “ ...La posibilidad de las personas de elegir el derecho que regirá sus relaciones patrimoniales mutuas”

2. Creación de normas materiales

Esta específicamente se refiere a la cláusula de legislación y jurisdicción aplicable, tal como expresa Stiglitz “pueden pactar una cláusula que excluya y derogue una norma coactiva del derecho elegido” (Stiglitz, 1989, pág. 493), pero en la posición del investigador

12.3. Limitaciones a la autonomía de la voluntad en el derecho internacional

Se debe observar la consecuencia que resulta de utilizar la cláusula de legislación y jurisdicción aplicable, que es: “el derecho elegido se aplicará siempre y cuando el derecho del juez no prohíba la autonomía de la voluntad o la admita con restricciones” (Trigo y Stiglitz, 1989 pág. 495).

Existe otro presupuesto, que este contrato sea internacional, expresado por Goldschmidt que dice “...La autonomía de las partes supone que el contrato posea un elemento extranjero real...” (Goldschmidt, 1970, pág. 496), en síntesis el contrato debe realizarse con partes que no se encuentren en el mismo país.

Una gran limitación en el derecho internacional es la noción de orden público internacional, es decir aplicar una ley extranjera a una ley de uno de los Estados contratantes, parecería que esto infringe la ley nacional, pero no es de ese modo ya que la única forma que la violaría sería en tanto y en cuanto la ley nacional prohíba la cláusula o la autonomía de la voluntad tal como aseveran Trigo Represas y Stiglitz “la elección infrinja el orden público solo en el caso de que se prohíba el ejercicio de la autonomía de la voluntad” (Trigo Represas y Stiglitz, 1989, pág. 496), ésta puede ser total o parcial siempre y cuando existan puntos de conexión, tal como exponen los autores precedentemente mencionados.

Otra limitación son las políticas económicas y sociales de un Estado, por las cuales existe “intervención del Estado en la negociación contractual internacional a fin de indicar mecanismos de política económica en pos del bienestar social, es decir, normas de política interna que afectan la posición jurídica internacional de las naciones” (Trigo y Stiglitz, 1989 p. 496) VGr. Prohibición de importar.

Las limitaciones expuestas, regirán y regularán el marco de la libertad contractual, con estas restricciones se tiene clara la idea de la ilegal, de un convenio dentro de un contrato, cuando la libertad contractual sobrepasa los parámetros anteriormente escritos, el contrato o la cláusula es invalida, y es nula para la vida del derecho, en un contra sentido, todo lo que se encuentre enmarcado y no ingrese al ámbito de las limitaciones, es totalmente lícito, y funcional, por lo tanto la forma, el contrato vía informática, y la cláusula de legislación y jurisdicción aplicable, son válidos porque no se encuentran dentro de una limitación.

CAPÍTULO IV

CLÁUSULA DE LEGISLACIÓN APLICABLE EN LOS CONTRATOS CONCLUIDOS POR VÍA INFORMÁTICA

1. Introducción

Los contratos vía informática tienden a la inmediatez en la contratación de partes que no se encuentran en el mismo territorio, esto acarrea a la vez otro problema, la validez de los contratos celebrados vía internet en cada territorio, teniendo como resultado conflictos jurisdiccionales, la respuesta que se propone a este conflicto es la cláusula de legislación aplicable, que debe ser parte elemental en los contratos informáticos, esta alcanzaría a ser una solución inmediata y amparada en la ley, observando la voluntad de las partes, que beneficiara en gran medida a las partes contratantes, y a los estados, esta clausula también trae consigo otra solución a la indefensión que provoca el no convenir el lugar del contrato, por ello esta clausula es importantísima y se la expondrá a continuación.

2. Concepto cláusula

Según la Real Academia de la Lengua Española la palabra cláusula proviene del latín cláusula, de clausus, que significa cerrado. Para el derecho es cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2011, búsqueda Cláusula)

Estas disposiciones o reglas impuestas, son la respuesta eficaz a las necesidades, libre albedrio y consentimiento, expresado en la autonomía de la voluntad, la clausula es el medio idóneo de exteriorización de la autonomía de las partes, esta es creada según las necesidades y el libre albedrio de las partes.

3. Autonomía de la voluntad y cláusula de legislación aplicable

En el capítulo anterior se estudió la autonomía de la voluntad en los contratos en general, este capítulo describirá el tema desde el punto de vista del contrato vía informática, y los fundamentos y admisibilidad de estos contratos.

3.1) Fundamento y admisibilidad de la cláusula de legislación aplicable

La autonomía de la voluntad de las partes expresada a través de su acuerdo de elección de foro o jurisdicción pretende designar la competencia de unos determinados tribunales nacionales –efecto prorrogatorio-, al mismo tiempo que, generalmente, se busca con el mismo que los restantes órganos jurisdiccionales que no han sido escogidos se declaren incompetentes para conocer del litigio –efecto derogatorio-. La aceptación de la voluntad de las partes en este sector del Derecho internacional privado, debe observar lo siguiente:

a) Las partes se encuentran en situación igualitaria, tienen los mismos derechos y obligaciones, teniendo en cuenta que no se trata de las obligaciones estipuladas en el contrato, sino en el cumplimiento del contrato celebrado vía internet.

La igualdad de las partes da lugar al principio de la autonomía de la voluntad, como fundamento, como concluye Fernández Masiá “La que mejor responde a los intereses de las partes en la relación” (Masiá pág. 2), Soriano y Garcimartin expresan que “estas últimas pretenderán maximizar los mismos a través de la elección de los tribunales competentes y del derecho aplicable” (Garcimartin, 2000, pág. 197).

a.1) Por principio, nadie actuará en contra de sus intereses, y por ello quien mejor que las mismas partes para elegir la jurisdicción o el foro en el cual se resolverán sus conflictos, salvo por supuesto alguna acción desinteresada o causa mayor, como arguye Enrique Fernández “una cuestión tan delicada, y tan importante *ex post* si surgiera una controversia, como es la de elegir quienes van a ser finalmente los tribunales nacionales competentes para conocer de la misma” (Enrique Fernández, p. 4).

b) En segundo lugar, la contratación electrónica, busca la seguridad jurídica, que puede ser efectivizada seriamente mediante la incorporación de una cláusula de sumisión que se convierte en imprescindible, y desde este punto parte la autonomía de las partes en la elección de foro (Virgos Soriano y Garcimartín Alférez, 2000, p. 197).

La inclusión de un convenio atributivo de competencia como menciona Fernández Masiás supone reducir la incertidumbre normativa que toda relación contractual internacional conlleva de forma inherente (Masiás, pág. 6), determinando así el la jurisdicción de la resolución de un conflicto, elegido por las partes.

c) En tercer lugar, tal y como manifiestan M. Virgos Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, la aceptación de la autonomía de la voluntad como criterio de competencia judicial internacional viene fundamentada en forma de coherencia sistemática (Garcimartín Alférez, 2000, pág. 196-197), es decir que la autonomía de la voluntad es aceptada en coherencia con el sistema jurídico, a implementar, que se ve enraizada en la mal llamada pirámide de Kelsen, en otras palabras el sistema jurídico de cualquier Estado acepta la autonomía de la voluntad, como una norma entre partes, que es coercitiva solo entre las mismas.

c.1) Las partes son las únicas que deben decidir si quieren hacer valer sus derechos derivados de sus relaciones contractuales ante la justicia estatal, o ante cualquier otra; ha de considerarse como consecuencia natural que puedan optar por elegir a que tribunales quieren acudir, mencionando sencillamente que las partes tienen la facultad de elegir la jurisdicción, y que la justicia estatal es decir la legislación y la jurisdicción, de un específico países solo un instrumento regulatorio, que ayudará a la conclusión, de las necesidades obligaciones y derechos de ambas partes.

d) La autonomía de voluntad expresada mediante la cláusula de legislación aplicable, es aceptada en varias legislaciones, y se debe observar que esta aceptación está a nivel procesal, reparando así la desprotección jurídica en Bolivia de un contrato informático con una cláusula de legislación aplicable.

4. Marco legal positivo.

Se estudiarán los regímenes legales en que se basa la autonomía de la voluntad de cláusula de legislación aplicable.

a) El régimen positivo relativo a la sumisión expresa está contenido en el artículo 23 del Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (reglamento de Bruselas 1 de marzo de 2002), en el artículo 17 del Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988 y en el artículo 22.2 de la LOPJ.

a.1) En Bolivia en el art. 553 del código de procedimiento civil expresa “si no existieren tratados con la nación donde se hubieran producido esos *fallos judiciales*, se les dará la misma fuerza que en ella se dieran a los pronunciados en Bolivia.”, esto nos lleva una vez más a la aceptación tácita de la resolución de conflictos en otros países, teniendo las sentencias, la misma fuerza que una sentencia producida en Bolivia, el art. 555 del Código de Procedimiento Civil se observan otros casos en los que se advierte en el inciso 3) que la obligación objeto del proceso fuere válido ante las leyes de Bolivia, es decir si la obligación civil del contrato es aceptada en Bolivia.

a.2) Otra ley que puede ayudar al esclarecimiento de la aceptación de la cláusula de legislación aplicable es la de arbitraje y conciliación N° 1770, la cual enuncia en el art 42 el lugar del arbitraje, “las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje”, cabe suponer que si la cláusula de arbitraje inhibe la resolución de un problema jurídico al estado, y es aceptada, no existe inconveniente alguno en subrogar la jurisdicción a otro país, con base en no sumar un proceso a la ya cargada justicia nacional boliviana.

b) Fernandez Masiá y Garcimartin menciona que en el artículo 23 del Reglamento de Bruselas contiene el régimen aplicable para que las cláusulas de elección de jurisdicción, legislación, y foro tengan eficacia los tribunales (Masiá y Garcimartin, 2000, p. 200-201).

Sin embargo, este precepto no tiene un alcance universal. Por el contrario, es preciso que se den dos condiciones cumulativamente para que se apliquen las reglas contenidas en esta disposición (Artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas: “Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes”.) a) que las partes hayan optado por elegir a los órganos jurisdiccionales de un Estado parte y b) que al menos una de las partes esté domiciliada en territorio comunitario. Fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas, es aplicable con carácter general, dado el carácter modelo que el sistema de Bruselas tiene para el régimen contenido.

El artículo 22.2 de la LOPJ (Ley operacional del poder Judicial Español), respecto de una cláusula de elección de foro por la que las partes se someten a los tribunales españoles resultará excepcional en el ámbito del comercio electrónico, ya que en tal caso únicamente juega si ninguno de los contratantes tiene su sede en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado contratante del Convenio de Lugano.

5. Concepto de cláusula de legislación aplicable

El investigador propone el concepto de cláusula de legislación aplicable y “es una de las disposiciones de un contrato, por la cual se otorga competencia a determinada jurisdicción extranjera o nacional”.

6. JUSTIFICACIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE LEGISLACIÓN APLICABLE EN CONTRATOS CONCLUIDOS POR VÍA INFORMÁTICA.

Por principio rector en el derecho: Todo lo que no está prohibido está permitido, por lo tanto al no existir una normativa nacional en Bolivia que prohíba la elección de legislación, no es ilegal y está permitida, además de ser perfectamente funcional.

El derecho es un instrumento por el cual se regula la realización y concretización de las necesidades, obligaciones y derechos, este nunca debe ser un obstáculo a las relaciones jurídicas, que se encuentren al margen legal.

6.1. Requisitos necesarios en la contratación electrónica, para su eficacia

Los requisitos indispensables para que un contrato concluido por vía informático exista son:

- a) El primer requisito, como menciona Masiá (2000) es determinar la existencia de un verdadero acuerdo entre las partes. Acuerdo que ha de expresarse mediante una voluntad común de las partes de designar como competentes a unos concretos tribunales nacionales para conocer de los litigios que surjan de una determinada relación jurídica (Masiá, 2000, pág. 6).

“Debe entenderse que el acuerdo puede referirse a un concreto órgano jurisdiccional o bien atribuir la competencia a los tribunales de un Estado en su conjunto, sin que sea preciso la existencia de una vinculación o conexión entre la controversia y el tribunal/es designado/s. En este sentido, el TJCE en su sentencia de 17 de enero de 1980, as-56/79, S.Zelger c. S.Salinitri, Rec., pp.2397 y ss., declaró que “el artículo 17...que prevé la competencia exclusiva del tribunal designado por las partes de acuerdo con las formas prescritas...hace abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado”, fdo. 4.

Igualmente téngase en cuenta en relación con la identificación del órgano jurisdiccional competente en la cláusula atributiva, la Sentencia de 9 de noviembre de 2000, as. C-387/98, Coreck Maritime c.Handelsveem, en donde se acepta la posibilidad de que la cláusula no tiene que formularse de manera que identifique de forma directa al tribunal competente sino que “basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o los tribunales a los que desean someter los litigios que hayan surgido o que puedan surgir.

Estos elementos, que deben ser suficientemente precisos para permitir al Juez que conoce del litigio determinar si es competente, pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación”, fdo.15. En este concreto caso, la cláusula atributiva de competencia contenida en un conocimiento de embarque señalaba que “cualquier litigio que se suscite en relación con el presente conocimiento de embarque será resuelto en el país en el que el porteador tenga su establecimiento principal y se aplicará el Derecho de este país, salvo disposición en contrario contenida en el presente conocimiento de embarque” . (Masiá, 2000, pág. 6).

Este acuerdo se lo debe realizar indefectiblemente por vía informática, ya sea por el correo electrónico, u otro medio, electrónico.

La libertad contractual en la cláusula de legislación aplicable que es llamada por Masiá “acuerdo atributivo de competencia” debe ser objeto de una interpretación autónoma (Masiá, 2000, pág. 8). De acuerdo con lo mantenido por el TJCE en la Sentencia de 10 de marzo de 1992, en el caso Powell Duffryn c. W.Petereit, as. C 214/89, Rec.I-1745 y ss., en donde se aceptó que “una cláusula de atribución de competencia que forme parte de los estatutos de una sociedad anónima, constituye un acuerdo a efectos de lo establecido en el artículo 17 del Convenio, que vincula a todos los accionistas” (Masiá, 2000, pág. 8).

- b)** Solo se debe verificar la existencia de la cláusula de legislación aplicable, para que de inmediato surta los efectos jurídicos correspondientes, en el país seleccionado, para resolver el conflicto.

- c)** La libertad contractual o acuerdo atributivo de competencia tiene, por otra parte, un carácter exclusivo, salvo pacto en contrario de las partes, presunción de exclusividad en el reglamento de Bruselas; Masiá “por lo tanto, excepto en aquellos casos en que se prevén límites a la autonomía de la voluntad –foros exclusivos y foros de protección-, este acuerdo expreso tiene primacía sobre las demás normas de competencia previstas, y en especial, significa que el demandado podrá siempre hacerlo valer incluso ante los tribunales de su propio

domicilio que deberán, por consiguiente, declinar su competencia” (Masiá, 2000, pág.9).

- d) Estas cláusulas sólo se tomarán en consideración si son objeto de un convenio, lo que supone un intercambio de consentimiento entre las partes. No se requiere que la aceptación vaya específicamente dirigida a la cláusula de elección de foro, sino que bastará que si la misma se contenía en la oferta, se acepte por completo el texto de esta última.

Esta aceptación debe dirigirse solo y exclusivamente a derechos transigibles, en los cuales se pueda transigir particularmente, y que no afecte al colectivo, o en su defecto que sea un delito.

El Reglamento de Bruselas expresa condiciones de validez formal de dicho acuerdo, son requisitos inexcusables para reconocer la validez del acuerdo. El artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas, establece que los acuerdos de elección de foro pueden celebrarse de tres formas distintas. El artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas señala que “el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o
- b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”.

e.1) Fernández afirma que en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas exige que el acuerdo atributivo de competencia conste por escrito o que exista una confirmación escrita de un acuerdo verbal. Con esta exigencia se pretende asegurar la existencia de un pleno consentimiento por ambas partes en la elección de los tribunales competentes.

No es necesario que las declaraciones de voluntad sean realizadas simultáneamente ni que sean recogidas en un único documento. Lo exigible en todo caso es que ambas queden recogidas en forma escrita” (Masia 2000, pág. 10).

El Reglamento de Bruselas introdujo un nuevo párrafo en el artículo 23 específico para contratos informáticos, y declara que “*se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero*”.

En este caso, el artículo 23.2 del Reglamento de Bruselas acepta la teoría de la “equivalencia funcional” como Fernández menciona, que está contemplada en el artículo 6 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996 en relación con el término “escrito”. Con esta idea se quiere hacer exigible que toda la información que se encuentre en forma de datos informatizados ha de ser legible e interpretable y que ha de conservarse todo programa informático que sea necesario para hacer legible tal información.

El contrato necesita el consentimiento o manifestación de consentimiento de ambas partes a través de la firma en el documento, este es un inconveniente en los contratos informáticos, ya que en muchos de los casos las personas o partes se encuentran a distancias considerables, y no consiguen dar su aceptación en un medio convencional como es la firma. En el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas es un requisito ineludible que tanto el contenido de la cláusula de elección de legislación aplicable, y la consentimiento por medio de la firma se consigne en forma escrita, la solución se encuentra en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas, que especifica:

1) El almacenamiento en un registro duradero que equivaldría a la consignación por escrito de la cláusula, es decir en una computadora o en un tipo de memoria electrónica, que sea legible, por medio de software, en la pantalla de la computadora.

1.1) El equivalente a la firma el Reglamento de Bruselas, sólo describe que debe hacerse de forma escrita, y nos remitimos al respecto a la Directiva

1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. En su artículo 5 se reconocen los mismos efectos jurídicos a la firma electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en la Directiva con la firma manuscrita realizada en soporte papel. En consecuencia, hay que entender que el cumplimiento de la forma será por medios electrónicos, a esto la CDUIM ley modelo sobre comercio electrónico señala: *“cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”*. Otro artículo que interesa al respecto es el artículo 7 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico en donde se señala que *“cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:*

a) *Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y*

b) *Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido el acuerdo pertinente”*. En los países miembros de la Unión Europea se utiliza la firma electrónica, como el medio mas idóneo y utilizado, la firma electrónica es un medio electrónico por el cual se autentica se da certeza y seguridad del titular y su identidad en la mencionada firma.

2) La segunda de las posibilidades aceptadas por el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas consiste en que ésta se realice *“de una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas”*, es decir los usos y costumbres generales de ambas partes, y sus respectivas nacionalidades.

3) La tercera de las posibilidades previstas en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas permite que la cláusula de elección de foro se lleve a cabo *“en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo*

tipo en el sector comercial considerado", se refiere a las costumbres y usos comerciales de ambas partes y sus nacionalidades, siendo ahora específico al señalar la rama comercial y la comunidad comercial.

4) El art 23 del Reglamento de Bruselas, también observa exigencias que según Soriano y Virgos cumplen una función de garantía de la existencia de un verdadero consentimiento a las condiciones generales de contratación por parte del adherente.

La primera exigencia es dar a conocer que en el texto del contrato se incluye una cláusula de legislación aplicable, no siendo necesario si se acordó en previa negociación lo contrario, es decir que en el precontrato o preacuerdo no se estipuló la inexistencia de la cláusula de legislación aplicable.

La segunda exigencia menciona Masía "es necesario que el adherente a las condiciones generales de la contratación tenga una posibilidad real de conocer el contenido de tales condiciones generales con anterioridad a la perfección del acuerdo contractual, pudiendo acceder de una manera asequible a una copia de las mismas" (Masía 2000, pág. 16), se tiene en cuenta que la copia debe ser fácil de obtener de su fuente o link (dirección electrónica específica) en una ventana nueva o no, y no requerir ningún tipo de software específico para conseguir una copia del contrato, si se trata de una página web, se puede dar constancia mediante una opción en la que aceptes las condiciones y otorgue una copia, en definitiva aquello vale.

Nuestra jurisprudencia boliviana admite obtener documentos o pruebas por medios electrónicos, así expresa el auto constitucional N° 0069/2005-RCA que expresa: "dejando constancia que entre los documentos presentados en el recurso se hallan publicaciones obtenidas a través de internet, al respecto el art. 29.II de la Ley del Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de obtener documentos por un medio electrónico" (Tribunal Constitucional de Bolivia: *Expediente: 2005-11921-24-RHD*).

En la sentencia constitucional 1971/2004-R expresa: "las partes entendieron en forma irrazonable la concurrencia de "prórroga de competencia a la jurisdicción española",

cuando en el presente caso es evidente que no se dio una prórroga de la competencia territorial *al faltar convención entre las partes en litigio*", en este caso en particular se acepta la idea de una cláusula de legislación aplicable, que en este caso en concreto no se la acordó.

Otra sentencia constitucional importante para la investigación es la N° 1021/2004-R menciona: la renuncia expresa formulada por las partes a su propio fuero o cualquier otro que pudiera corresponderles y *por la cláusula expresa de sumisión y de legislación aplicable*, la solución de todas las controversias emergentes no corresponde a las leyes y tribunales bolivianos, es en esta sentencia que se acepta y se da validez a la cláusula de legislación aplicable, por tanto esta sentencia constitucional acepta la cláusula de legislación aplicable o subrogación de jurisdicción, permitiendo que las partes puedan elegir foro o jurisdicción, que resolverá el conflicto, ya que esta, rechaza un conflicto judicial, por la existencia y suscripción de la estudiada cláusula.

7. Límites a la validez de la cláusula en contratos concluidos por medios informáticos.

7.1. Limitaciones

La cláusula de legislación aplicable no es siempre válida, la limitación preponderante es la misma ley, si esta la prohíbe totalmente o parcialmente, es la única que puede aceptar su validez, pero esta invalidez acarrearía la desprotección de las personas que realizan contratos vía internet, en Bolivia no existe una regulación, prohibición o ley alguna que la prohíba, por ello se concluye que es válida por el principio antes ya mencionado.

Otras limitantes a la cláusula de legislación aplicable son el delito, el orden público y las buenas costumbres, si esta cláusula incurre de alguna forma en un delito o crea un desorden público o va en contra de los usos y costumbres de un estado o nación, la cláusula automáticamente es inválida.

Este cláusula solo surte efectos como ya lo analizamos anteriormente con partes de distintas nacionalidad, las cuales están amparadas por sus normas nacionales, y una

puede subrogar o prorrogar jurisdicción, solo en este caso, se puede convenir la cláusula de legislación aplicable, haciendo inexistente la figura de la contratación entre nacionales de un mismo país.

7.2. Proximidades y figuras análogas admitidas en nuestra legislación

7.2.1 Cláusula de arbitraje comercial internacional

La autonomía de la voluntad de las partes puede, además de realizar una cláusula de legislación aplicable, convenir una cláusula de arbitraje que tiene por objeto quitar la jurisdicción para llevarla a una justicia privada con características especiales que menciona Fernandez: “su rapidez, especialización y confidencialidad, se busca que la justicia estatal no tenga posibilidad de convertirse en juez de su litigio, pretenden además que los tribunales nacionales acepten el “efecto derogatorio” de su competencia judicial”. El reconocimiento de este efecto vendrá otorgado siempre que los tribunales estatales consideren a la cláusula arbitral como eficaz en el foro”, entonces nuestra legislación acepta esta cláusula, y está avalada por la ley de conciliación y arbitraje N° 1770 de 10 de marzo 1997.

Otro aspecto a investigar es el arbitraje internacional que también es descrita en la ley de arbitraje y conciliación, que en su art. 76 otorga plena validez al convenio arbitral, “la arbitrabilidad de la controversia no podrá ser cuestionada ni objetada” (Masia, 2000, pág. 20).

Tanto la cláusula de legislación aplicable como la cláusula arbitral tienen los mismos inconvenientes y formalidades de validez por vía electrónica, ya estudiados anteriormente, pues las dos cláusulas van a subrogar la jurisdicción de determinada ley, la diferencia entre ambas es la subrogación, que en el caso de la cláusula arbitral se remite y subroga competencia y jurisdicción a tribunales privados, mientras que la cláusula de legislación aplicable subrogará la competencia y jurisdicción a la jurisdicción nacional pública convenida, dando a las partes potestad para elegir con qué normativa se llevará a cabo el conflicto, de manera que más convenga a sus intereses.

En nuestra jurisprudencia constitucional se acepta la cláusula de arbitraje en la Sentencia N°1021/2010-R que en su parte pertinente describe:

a) Dentro de las controversias que se resuelvan con sujeción a la Ley de Arbitraje y Conciliación, sólo tendrá competencia para resolver las discrepancias, el Tribunal Arbitral correspondiente, y ningún otro tribunal o instancia podrá intervenir, salvo que sea para cumplir tareas de auxilio judicial. En este caso, las partes reconocieron la cláusula arbitral como medio alternativo de solución de controversias, lo que importa la renuncia para iniciar procesos judiciales sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje. (*Sentencia N°1021/2010-R*).

8. Utilidad de la cláusula de legislación aplicable

- A) Primero evita la indefensión de las partes, respecto a la protección de la ley, defiende a las partes de la de incertidumbre que causa aceptar un contrato electrónico internacional, en el cual no se describe ninguna forma de resolución de conflictos jurídicos, en cierta medida esta cláusula evita esta incertidumbre y da una legislación en la cual se resolverá el conflicto, convenida por las partes que reflejen sus intereses.
- B) Evita los conflictos de jurisdicción, dando certidumbre en que nación y jurisdicción se resolverá el conflicto, evitando así el trámite anterior para resolver el conflicto de jurisdicción, para luego pasar al conflicto real.
- C) Evitar gastos onerosos en procesos paralelos o anteriores al conflicto real del contrato informático.
- D) Evita las estafas electrónicas internacionales en contratos vía informática, dando en cierta medida certeza sobre la resolución del conflicto.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Introducción

Los contratos informáticos son una realidad en Bolivia, son utilizados por varias empresas que importan o exportan materia prima, productos varios, entre otros, a si mismo también son utilizados por personas particulares para un consumo simple o una venta a menor escala.

La utilización de estos medios de contratación responden a las necesidades de rapidez inmediatez, y velocidad, que en este tiempo globalizado se tiene, por medio de la tecnología y su avance, ya que la tecnología nos permite que los negocios entre individuos de diferentes países o distintos posiciones globales puedan realizar transacciones en un par de minutos, teniendo como resultado una eficiencia en el tiempo de contratación, puesto que no se requiere que las partes se encuentren en un mismo lugar, o determinado territorio,, estos contratos han aminorado el tiempo en la realización de contratos entre partes de diversos países con partes constituidas por personas de nacionalidad boliviana.

2. Conclusiones

En marcados a los objetivos planteados para la presente investigación, expuesto todo el material teórico propuesto, y el aporte del investigador, se presentan las siguientes conclusiones:

2.1. Conclusiones a los objetivos: Las conclusiones son las siguientes:

2.2. Al Objetivo general: La validación, funcionamiento, y una regulación jurídica de la cláusula de elección de legislación aplicable en los

contratos vía informática, es posible mediante la aplicación y utilización correcta de nuestra legislación existente.

En la aplicación correcta se observa que los contratos vía informática de forma genérica se encuentran regulados, el art 450 del código civil regula los contratos de forma general, y vale decir que el contrato en su forma básica es un hecho, el cual es regulado por el derecho boliviano, los contratos informáticos por lo tanto al ser en esencia un contrato, también se encuentran regulados, y por tanto son legales en nuestra economía jurídica, se denota además que la única diferencia de los contratos informáticos es la forma, pero es también allí donde radica la problemática de su regulación.

Por principio rector los contratos no requiere una forma predeterminada, estos pueden celebrarse por escrito o hasta verbalmente, en una hoja de papel o en la conciencia de las partes, con o sin la asistencia de las partes, los contratos vía informática son efectivamente y por principio contratos entre no presentes, estos contratos al ser diferentes en forma por su modo de celebración son un conflicto, pero una vez más remitiéndonos a nuestro código civil señalamos que se tiene una respuesta a su regulación, el art. 462 expresa que el lugar de los contratos entre no presentes es aquel donde a sido propuesto, y esta regla también se la utiliza en el caso del contrato celebrado por teléfono, telégrafo, telex, radio u otro medio similar, este último punto es el que nos incumbe, ya que este artículo es abierto al decir que cualquier otro medio, los contratos informáticos tienen como base la transferencia de datos, mediante computadoras, en los últimos años este medio de transporte de datos se la realiza por fibra óptica, que tiene la misma función que el cableado del servicio de telefonías, la única diferencia, reside en que la fibra óptica transfiere datos de imagen, video, datos informáticos varios, y la telefonía solo datos de audio, en los últimos años por medio del cableado telefónico se puede transportar datos de internet, por tanto como un medio parecido al telex y teléfono, o como otro medio similar, los contratos informáticos por medio de su forma especial (internet), son aplicables y validos en nuestra legislación.

El medio probatorio de estos contratos esta descrito en el artículo 1285 del código civil que a su vez nos remite al articulado 373 que titula medios de prueba el cual a la letra dice: "Todos los medios legales así como los moralmente legítimos aunque no especificados en este Código, serán hábiles para probar la verdad de los hechos en que se fundare la acción o la defensa.", ello nos habilita a presentar cualquier tipo de prueba

pertinente y que sea legal, en este caso la revisión del software y/o correo electrónico, o plasmar el contrato en un documento físico, esta revisión es un medio probatorio actual y valido para los fines jurídicos consiguientes, el siguiente articulo (374) hace referencia a los medios legales de la prueba, el inciso primero que hace referencia a los documentos y el inciso 4 que se refiere al peritaje, son los que interesan a esta investigación, ya que el medio primordial de prueba son los documentos, por el cual se demostrará la celebración de un contrato, en la presente investigación de los contratos vía informática, pero este medio debe estar acompañado de otro medio de prueba que es el peritaje, ya que mediante el se podrá tener un conocimiento certero de la existencia de un contrato entre dos partes, ya que este emitirá un informe pericial que contenga la fecha de realización de la oferta, de la contraoferta, y el perfeccionamiento del contrato, las palabras inmersas y convenidas en este además de sus límites, e identidad inscrita en el internet, es decir el nombre con el cual se inscribió en el correo electrónico.

Si el nombre no sirviese o en todo caso es inválido, el perito puede otorgarnos el numero de dirección IP que en términos simples no es más que el número de teléfono inscrito en el internet para cada ordenador, es la identidad del ordenador o router del cual procede la información, por el cual el perito puede investigar la localización exacta en el planeta, y derivar esto en una notificación ya sea con la demanda o con la sentencia, a la persona dueña de la dirección IP respectiva.

Nos encontramos ante una indefensión del estado al no tener una regulación jurídica específica sobre estos contratos, y al no tener un mecanismo específico, para simplificar el problema y resolverlo de manera eficaz y no solo teóricamente se propone utilizar la normativa ya vigente.

La investigación tiende a ordenar y crear un orden lógico a todo el conjunto de conocimientos en la problemática de los contratos vía informática, además de hacer un uso correcto y eficiente de la económica jurídica que poseemos, la presente investigación no tendrá como resultado un artículo para ingresar al código civil, mas por el contrario utiliza las leyes nacionales preexistentes para solucionar este problema actual, para que sea utilizable inmediatamente por cualquier lector.

Partiendo de estos hechos es que los contratos vía informática son válidos en la legislación nacional.

2.3. A los objetivos específicos: Las conclusiones son las siguientes:

- Por medio de una análisis de los conceptos de la teoría general sobre el contrato en materia de formación, efectos y extinción contractual, se llegó a entender y explicar el alcance de los contrato en nuestra legislación.

En primera instancia se investigó los contratos en su parte general, es aquí donde se indicó el alcance de la normativa general de los contratos donde se estudió los elementos constitutivos del contrato que son el objeto, capacidad, objeto, causa, motivo, estos elementos son concurrentes y existentes en los contratos vía informática, y por principio están regulados como un contrato en general, los contratos vía informática son regulados como cualquier otro contrato, la diferencia reside en la forma, ya que estos contratos son atípicos por su forma sui generis, además se tornan en una forma exigible por su naturaleza informática, porque para encontrarnos en un convenio vía informática, debemos realizarlo por la vía principal que es el internet, no existe contrato vía informático sin la tecnología y específicamente sin la informática, por tanto esta forma se torna exigible, y única.

El análisis de la teoría general de los contratos dio como resultado cimentar una vez más la validez y la funcionalidad de los contratos vía informática, ya que los contratos mencionados precedentemente se pueden regular de forma general, y básicamente es un contrato pero con elementos especiales.

En segunda instancia nuestro código Civil va a regular además el lugar del contrato entre ausentes en el art 462 ya estudiado, que es simplemente el lugar propuesto en el contrato, este artículo básicamente acepta la posibilidad de convenir, basándose en sus intereses particulares, el lugar de celebración de un contrato y por tanto subrogar la jurisdicción al lugar elegido, por ello se acepta aunque de forma tácita, la posibilidad de realizar un contrato con una cláusula de legislación aplicable.

- Al realizar un estudio sobre el concepto y los efectos de los contratos formados por vía informática, podemos inferir que nuestra legislación boliviana los acepta de un modo general.

Los contratos vía informática, poseen su propia forma, que es inalterable, pero como se mencionó precedentemente son validos y funcionales, respecto a la etapa precontractual, los contratos informáticos son idénticos a los contratos en general,

salvo el paso reservado para este tipo de contratos, que es el deber de informar, de todos los desperfectos, el estado de la cosa, compatibilidad con accesorios y el manual de uso, por la naturaleza del contrato, se debe informar de estos elementos constitutivos de la cosa u objeto del contrato, la razón de informar parte del hecho que los contratantes no se encuentran en la misma jurisdicción territorial, por tanto y como se estudió la cláusula de legislación solo es aceptada entre dos o más partes pertenecientes a dos países diferentes, este alcance también es previsible en el estudio de los contratos vía informática, objeto de la presente investigación.

Los contratos vía informática, son contratos en general con una forma específica especial y única, que son válidos y totalmente funcionales, ya que se encuentran regulados de forma general, pero no en su forma, como se estudió anteriormente.

- Un análisis de la libertad contractual en Bolivia y sus limitaciones, demuestra que esta es válida, eficaz, funcional y tiene un asidero jurídico en Bolivia.

La Libertad Contractual no es más que la facultad de cada individuo de pactar su contenido y sus límites, enmarcándose por supuesto en las leyes y buenas costumbres, por lo tanto esta es la base fundamental de los contratos en general y específicamente de los contratos vía informática, por medio de esta facultad contractual las partes pueden elegir la forma especial, es decir la forma informática por medio de la interconexión entre computadoras.

La voluntad es el hecho generador de la libertad contractual, por medio de ella se va a delimitar el contrato, observar sus límites, convenir todo ello en el marco de su beneficio individual o el interés de ambas partes enmarcado siempre en la ley.

La libertad contractual está reconocida en nuestra legislación en el artículo 454 y otorga a las partes la facultad de delimitar libremente el contenido de los contratos, por tanto se evidencia que la libertad contractual es aceptada y válida en Bolivia.

Esta libertad contractual puede derivar en la realización de cláusulas que son las limitaciones que las propias partes pueden otorgarse entre ellas, la cláusula estudiada tiene como cimiento la libertad contractual.

- Estudiando los fundamentos y la admisibilidad de la cláusula de elección legislación aplicable en Bolivia se puede concluir que esta es válida, funcional y aceptada en Bolivia, basados en la teoría jurídica, normas nacionales, y sentencias constitucionales, que le otorgan total funcionalidad y validez.

El pilar fundamental de cualquier hecho en el ámbito jurídico, es que sea regulable, este hecho regulable, debe ser además relevante para el derecho, si el hecho es regulable y relevante, es que el derecho lo positiviza y le da un valor, además de otorgarle un posición en el sistema jurídico, es así que la libertad contractual que es la base fundamental de los contratos vía informática, está regulado y validado en el código civil como se demostró precedentemente, por medio de la libertad contractual se puede admitir una forma sui generis en el contrato, y se acepta además convenir con un extranjero cuestiones civiles, de importancia para ambas partes, sin tener que recurrir a métodos ortodoxos, o asistir irremediamente a un país solo para la firma de un contrato, no se puede negar que los contratos informáticos son un medio eficaz de celebración de contratos, por ello su utilización se ha multiplicado en los últimos años, y basados en la norma boliviana esta cláusula es funcional y válida, ya que primero por medio de la libertad contractual, regulada en la legislación nacional, es posible convenirla, sin que esta se encuentre en contra de la legislación, y segundo la jurisprudencia nacional acepta este tipo de cláusulas, como un medio de subrogación de jurisdicción haciendo un parangón con la cláusula de Arbitraje y Conciliación, que en ciertos sentidos son gemelas, porque ambas apuntan a la subrogación de jurisdicción, en el caso de la cláusula de Arbitraje y Conciliación, se la utiliza para subrogar jurisdicción a una jurisdicción privada, mientras que la cláusula de legislación y jurisdicción aplicable va mas allá, porque da la oportunidad a las partes de subrogar la legislación y jurisdicción a otra extranjera, que nada tiene que ver con su propia legislación, y las partes pueden hacer uso de ella.

Por tanto se dice que la cláusula de legislación aplicable en Bolivia es aceptada, es funcional y válida.

- Examinando la legislación internacional sobre la validez de la cláusula de elección de legislación y jurisdicción aplicable, basados en normas internacionales, tratados, convenios, y legislación comparada, se demuestra una vez más la validez y eficacia internacional, de la mencionada cláusula.

Se debe iniciar esta afirmación con el principio *pacta sunt servanda* que literalmente significa “lo pactado obliga” que no es otra cosa que la obligación que tienen ambas partes de cumplir fielmente lo convenido, ya sea en un contrato o en un tratado, es decir que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser respetado, este principio debe ser cumplido por lo menos en el convenio de la CNUDMI que es el órgano jurídico internacional, de las Naciones Unidas (O.N.U.) que se avoca a la rama mercantil, que se estudió a lo largo de toda la presente investigación, y que regula, mediante normas extranjeras, los contratos internacionales otorgando soluciones internacionales factibles, para los ya mencionados contratos vía informática, estos últimos son acogidos por estas normas de la CNUDMI, y regulan su utilización, creación, y conflictos contractuales, y de alguna forma nos da un modelo, para solucionar estos conflictos jurisdiccionales.

El tratado de Bruselas que es el tratado de Fusión de los ejecutivos de las comunidades, que son la Comunidad Económica Europea (CEE), la Comunidad Europea de la energía atómica (Euratom), estas son la base de la ahora llamada Unión Europea, la investigación toma en cuenta el tratado de Bruselas de 1965, que otorga las directrices sobre los intereses económicos y el comercio, normas que siguen vigentes y son actualizadas, en las cuales se trata el tema de los contratos informáticos, su regulación y su validez con la forma y los requisitos anteriormente expuestos, si la forma y los requisitos existen, en un contrato, el tratado de Bruselas los valida y regula, además de darles funcionalidad.

Los países de la Unión Europea también hacen uso de los contratos informáticos, por la facilidad de celebración y su inmediatez al perfeccionarlo, su derecho comunitario internacional, acepta y valida los contratos vía informática, además de utilizar la firma electrónica para transacciones bancarias y firma electrónica de contratos vía informática, mediante la directiva DOCE C nº 13 de enero de 2000.

España hizo funcional esta directiva mediante el Decreto ley 14/1999 de 17 de septiembre, que ayudará en gran medida, a evitar las estafas vía informática.

La presente investigación tiene como base proponer la utilización de la cláusula de legislación aplicable en los contratos vía informática, como una solución previa, a los conflictos jurisdiccionales, porque recordemos que el estado tiene supuestos muy amplios que solucionan este tipo de conflictos, pero esta investigación tiende a solucionar previamente este problema, conviniendo previamente el lugar de solución, jurisdicción, legislación del conflicto, cimentados en la libertad contractual y observando el beneficio de las partes, evitando el trámite precedente y problemático, de resolver primero el conflicto jurisdiccional, para luego ir al verdadero fondo de la litis que no es otra cosa que los conflictos producto del contrato vía informática, ahorrando tiempo y recursos económicos, para ambas partes.

2.4. Conclusión de la hipótesis: La conclusión a la hipótesis es la siguiente:

La cláusula de elección de legislación aplicable en los contratos vía informática es aplicable en la legislación boliviana, fundados en el estudio de la teoría jurídica nacional e internacional, normas nacionales, y jurisprudencia.

3. Recomendaciones

Los contratos son un hecho real y tangible del hombre actual, que pueden ser regulable, totalmente realizables, y funcionales, se observa una indefensión o un conocimiento casi nulo por parte de los ciudadanos Bolivianos, ya que no existe la información apropiada, dejando entre ver una evidente desprotección jurídica a personas nacionales, frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes que se encuentran en el extranjero; Mostrándonos el problema latente sobre la aplicabilidad.

Por lo tanto mediante la investigación se recomienda:

- Aplicar el funcionamiento jurídico de los contratos informáticos, y la cláusula de elección de foro, mediante la adecuación de nuestra actual legislación

El investigador no propone una nueva legislación para regular los contratos informáticos, mas por el contrario recomienda una correcta aplicación, adecuación y funcionamiento de los contratos realizados por vía informática, con la legislación existente, es decir que estos contratos son totalmente funcionales, realizables, y utilizables con la legislación positiva, preexistente, en este caso solo se debe realizar un posicionamiento y aplicación correcto en nuestra economía jurídica.

Se recomienda:

- Dar funcionalidad y aplicabilidad a los contratos informáticos con la legislación ya existente, mediante la norma vigente y la jurisprudencia constitucional.

Respecto a la cláusula de legislación aplicable, se debe observar que por principio las normas bolivianas la aceptan, por que admiten la autonomía de la voluntad, que es expresada en la facultad o capacidad de contratación, en otras palabras es el poder de decisión que las personas y que la ley les otorga para: Realizar, obligarse, o crear marcos contractuales, por medio de la voluntad de las partes intervinientes.

En la sentencia constitucional 1971/2004-R y la sentencia constitucional N° 1021/2004-R menciona: la renuncia expresa formulada por las partes a su propio fuero o cualquier otro que pudiera corresponderles y **por la cláusula expresa de sumisión y de legislación aplicable**, la solución de todas las controversias emergentes no corresponde

a las leyes y tribunales bolivianos, es en esta sentencia que se acepta y se da aplicabilidad a la cláusula de legislación aplicable, por medio de una sentencia constitucional.

- El contrato informático puede ser un documento válido por medio de la prueba informática.

En cuanto a la prueba del contrato, recordemos que por principio el documento es el medio probatorio del contrato, ya que en el documento se plasma la voluntad de las partes por lo tanto constituye en un contrato.

Los contratos informáticos no cumplen con la forma escrita en un papel, que es el medio más utilizado, mas por el contrario se encuentran en un medio informático en un código binario, que puede ser enviado (telemática) y reproducido, por un software, mediante una computadora, en cualquier punto del planeta.

En Bolivia este medio probatorio informático es aceptable, ya que la legislación boliviana admite cualquier tipo de prueba incluso la informática, siempre que sea reproducible, y se pueda obtener confiablemente la identidad verdadera de las partes que las partes, además de ser determinables, nacionalmente o que se encuentren en el extranjero.

- En el caso de la cláusula de legislación aplicable, las sentencias extranjeras nacidas de esta cláusula son validables, además de ejecutables.

En el caso de que se hubiese elegido por medio de la cláusula de legislación aplicable, otro foro o legislación, las sentencias extranjeras deben ser ejecutadas en Bolivia primero por un tratado si existiere entre ambos países, si no existiere, por regulación y atribución de la ley del poder judicial, que infiere como facultad de los jueces ejecutar una sentencia dictada en el extranjero, exista o no un tratado con ello.

- Todo contrato vía informática debe realizarse revisando previamente la fuente, esta fuente, el usuario y la información debe ser confiables.

La fiabilidad de toda la información debe ser validada antes de hacer algún tipo de negocio, y/o cancelación de dineros, ya que si no se tiene confianza sobre la información, el usuario, esta transacción y/o el negocio, estos no deben realizarse, ya que se puede incurrir en una estafa informática.

Referencias Bibliográficas

Capitulo I

Witker, Jorge. La investigación jurídica. Serie jurídica. Ed. Mc Graw Hill. México. 1995.

Pág 60

p. 11.

Capitulo II

Alejandra Aguad D., Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, extraído el día 18 de junio de 2009 de la fuente:

www.derecho.udp.cl/estudiantes/apuntes/teoria_contrato.PDF, (6)

Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio, (1991) "Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.", Tomo Segundo, Quinta edición, Editorial-Conosur Ltda. Santiago, 133, 158.

Alianza consultores, DICCIONARIO JURÍDICO ESPAÑOL, extraído el día 4 de febrero de 2010 de la fuente:

<http://www.leyes.com.py/documentaciones/diccionarios/juridico/index.php?ver=c>

Emanuel Kant historia de la filosofía filosofía medieval y moderna, 8(2), edición electrónica disponible 14 de marzo 2011 de la fuente: <http://www.e-torredbabel.com/historia-de-la-filosofia/filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-AutonomiaVoluntad.htm>

Emilio Betti (1948). Teoría General del Negocio jurídico, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 14 edición, Editorial Bosch,4, 5.

Fritz Schreier, conceptos y formas fundamentales del derecho, 146.

Gherzi, Carlos Alberto (1998). Contratos civiles y comerciales, parte general y especial, tomo II, Cuarta edición, Editorial Astrea, buenos Aires - Argentina 1998, 7, 111 (2).

Kaune Walter Arteaga (1992) teoría general del contrato, Editorial Jurídica Zegada, agosto, 4.

Larroumet Christian (1993). Teoría general del contrato, volumen I, Ediciones Temis S.A., Bogotá colombia, 59(2), 350-351.

Messineo, Francisco (1979). Manual de derecho civil y comercial, Tomo II, Ediciones jurídica Europa América, Buenos Aires – Argentina, 332(3), 434.

Morales Guillen (2004). Código civil concordado y anotado – tomos I y II, La Paz - Bolivia, Editorial CMG, 505, 515, 522 – 523(2), 559, 551 (2).

Omeba Diccionario jurídico búsqueda: “contrato”

Orrego Juan Andrés (1991). Teoría general del acto jurídico, capítulo 9, Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Segunda edición, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2, 31. (última modificación 11 noviembre 2008)

Real academia de la lengua española, Diccionario de la, extraído el día 25 de enero 2010

Saravia Imaña Benjamin (1998). Manual práctico de contratos Segunda edición Editorial Temis, La Paz Bolivia, 18(3).

Capitulo III

Altmark Daniel R. Rafael A. Bielsa Ettore Giannantonio Antonio A. Martino(1987). Informática y derecho Aportes de la doctrina internacional, volumen I, Ediciones Depalma, buenos Aires-Argentina, 6,7(3).

Bersaques A. de (1969). Abuse de droit en matière contractuelle, 14/2/69, 497.

Betti, Emilio, teoría general del negocio jurídico, revista de derecho privado, Madrid 1959 pag 47; de castro y bravo, Federico, El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985, pag 13.

Acuña Anzorena Arturo, Estudios sobre la responsabilidad civil, tomo I, 4.

Bonneau Jacques Roger (1984) La pratique du droit de Finformatique dañe l'entreprise. Les relations entre constructeurs utilisateurs et conseillers, Ed. de l'Usine Nouvelle, Paris - Francia, 29.

Camero Eduardo (2006). Ensayo sobre internet historia e impacto en la sociedad , extraído 10 de enero 2012 de la fuente: <http://portal.educar.org/foros/historia-e-impacto-en-la-sociedad-del-internet>

Contratos informáticos, sacados el día 22 de agosto del año 2009 de la fuente: http://www.alipso.com/monografias/2279_contratosinformaticos/

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (La Haya, 22/12/86), documento III, división 4, anexo 010/11-1, Lamy, octubre 1987.

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (La Haya, 22/12/86), documento III, división 4, anexo 010/11-1, Lamy, octubre 1987. Punto 2

Correa Carlos M. - Batto Hilda N. – Zaldueo Susana Czar de – Nazar Felix A. (1987). Derecho informático, ediciones Depalma, primera edición, 163, 497.

Delpiazzi Carlos, Eirin y Montano, Pedro Montano, Introducción a la informática jurídica y al derecho informático, ed. A. Fernández, Montevideo, 19 (2).

Díaz Delgado, Rolando y José Antonio Moreno (2003), El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje, Arbitraje y Mediación. Editorial Intercontinental, Edición 2003, 236.

El internet, extraído el día 8 de enero de 2012
http://html.rincondelvago.com/internet_6.html

Encarta (2012), Biblioteca de Consulta Microsoft, La informática; su significado político, p. 3. Documento IBI (Oficina Intergubernamental para la Informática), julio 1978.

En igual sentido se pronuncian Jean Poly y Fierre Poulain, l'initiatou a l'informatique; Alberto Gastes, La informática jwridica-legislativa, en "Jurisprudencia Argentina", 1972, p. 574, según nota p. 15; Carlos.

Feldstein L. Sara de Cardenas (1995). Contratos internacionales, Ed. Lexisnexis- Abeledo-Perrot, 13, 14, 20.

Felix A. Trigo Represas y Ruben S. Stiglitz (1989). Contratos, ediciones La Rocca, Buenos Aires - Argentina 137 (2), 140-141, 144, 145, 493, 495, 496(2).

Ferdinand Maison y Larcier ÉdHeurs (1983). Centre de Kecherches Informatiquea et Droit des Facultes Unifversitaires de Namur, 19.

Fierre e Ivés Pouillet (1982). Les contrate informatiques. Reflexión» sur dix ans de jurisprudence belge et francaise, Editorial Centre de Informatique et Droit, N anuir, 92,

FLOUR J. ALBERT, (1986) Les Obtigalions, L'Acte Juridique, Paris - Francia, 83, citado por ALTERINI LÓPEZ. (1989). La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 68.

Florio, Franco (1967). La codificazione del diritto internazionale privato e processuale in Cecoslovacchia, publicación de la facultad de jurisprudencia de la universidad de Trieste, Editorial Giuffré, Milan, 241.

Gheri, Carlos Alberto (1992). Contratos civiles y comerciales, 2ª ed, Ediciones Depalma, Buenos aires - Argentina, 306.

Goldschmidt, W., Derecho internacional privado (1970). Derecho de la tolerancia, 3ra edición, Depalma, Buenos Aires pag 179 (2), 315 y 406. (cfr. Ley 22.921 rectificatoria de la “Convención sobre normas generales de derecho internacional privado”, CIDIP II).

Hutley vs. Alejandro 139 so. 2d. 911 fojs 1º, 3 d, DCA; Manrique Vs Fabbri, 11F1º L.W. 430 (fojas 1º, agosto 29, 1986)

Killen & Associates de California (1994), extraído el día 18 de septiembre del año 2009 de la fuente: <http://www.kiHen.com>. (2)

LUSSATO (1982). El Desafío Informático, Barcelona - España, 1982, 91.

Messina de estrella Gutiérrez. Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica, 66

Miaja de la Muela Adolfo (1963) Derecho internacional privado, 3ed. Madrid, tomo II, 212.

Moreno Rodriguez, José Antonio, “La Contratación Internacional en el Derecho Paraguayo” (trabajo inédito).

Mosset Iturraspe Jorge (1989), Contratos, editorial Buenos Aires.

Orwell George (1984). Novela big brother

Pierre e Ivés Pouillet (1982). Les contrats informatiques. Reflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française.

Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (1994). Buenos Aires.

Real academia de la lengua Española, diccionario (2)

Rodríguez Dávila Manual de Derecho Informático, Editorial Pamplona, 1997, 165.

Ruiz Díaz Labrano, Roberto Jesús (2007). La ley aplicable y la jurisdicción competente en materia contractual desde la perspectiva del ordenamiento jurídico paraguayo, Tratado de la Interpretación del contrato en América Latina, Tomo II, Editora Jurídica Grijley, 1515.
Sir Farm Mutual Auto. Ins. Co. vj. Bockhurst", 453 F2d. 453 (1st Cir.
SMEDINGHOFF, T. J. (cd.), **Online Law**, cit., pág. 8, nro. 8.

Savigny, Federico de (1874). Sistema de Derecho Romano Actual, Madrid, Víctor, Romero del Prado (1961) Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo II, Córdoba, y Vico, Carlos M. (1934-1939 y 1961), Curso de Derecho Internacional Privado, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires.

Silva Alonso, Ramón (1995). "Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional". Editorial Intercontinental, 136.

Smith, Juan (1976). anteproyecto de derecho internacional privado, diario del 10/3/76.

Tellez Julio (1989) contratos informáticos,
UNAM, México, 17.

Acuña Anzorena, Arturo, Estudios sobre la responsabilidad civil, t. I, p. 4.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., Manual de Derecho Informático, Pamplona, 1997, pág. 165

Correa Carlos M. - Batto Hilda N. – Zalduedo Susana Czar de – Nazar Felix A.

Derecho informático ed. Depalma primera ed. 1987, pag.163

W Fierre e Ivés Pouillet, Les contrate informatiques. Reflexión» sur dix ans de jurisprudence belge et française. Centre de Informatique et Droit, N anuir, julio 1982, p. 92, D.P.C.I.

A. de Bersaques, [/abuse de droit en matière contractuelle, 14/2/69, "R.C.J.B.", p. 497

Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Buenos Aires, 1994

Silva Alonso, Ramón, "Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Derecho Civil Internacional.

Derecho Comercio Internacional". Edición Intercontinental, Edición 1995, p. 136.

Ruiz Díaz Labrano, Roberto Jesús , "La ley aplicable y la jurisdicción competente en materia contractual desde la perspectiva del ordenamiento jurídico paraguayo", Tratado de la Interpretación del contrato en América Latina, Tomo II, Editora Jurídica Grijley 2007, p1515.

Moreno Rodriguez, José Antonio, "La Contratación Internacional en el Derecho Paraguayo" (trabajo inédito).

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (La Haya, 22/12/86), documento III, división 4, anexo 010/11-1, Lamy, octubre 1987.

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (La Haya, 22/12/86), documento III, división 4, anexo 010/11-1, Lamy, octubre 1987. Punto 2.

Florio, Franco La codificazione del diritto internazionale privato e processuale in Cecoslovacchia, publicación de la facultad de jurisprudencia de la universidad de Trieste, Giuffrè, Milan 1967, Pag 241.

Capitulo IV

JACQUOT, F., y WEITZEL, B.; "Le règlement des litiges", en Le guide juridique du commerçant

électronique, Montreal, 2001, p.231. Tal y como señalan A. CALVO CARAVACA y J.

CARRASCOSA

GONZALEZ; Conflictos de leyes y de jurisdicciones en Internet, Madrid, Colex, 2001, p.43, la sumisión

expresa tiene una gran importancia en los contratos electrónicos porque "cubre de seguridad jurídica,

desde el principio, la transacción entre sujetos que comercian online desde países que pueden resultar

muy lejanos".

CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EN CONTRATOS ELECTRONICOS
INTERNACIONALES

Enrique Fernández Masiá pag. 5

VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; Derecho procesal..., op.cit., pp.196-197.

KAUFMANN-KHOLER, G. y RIGOZZI, A.; “Le Règlement Bruxelles I”, Jusletter, 5 de febrero de

2001, disponible en <<http://www.weblaw.ch/jusletter>>. El artículo 6 de La Ley Modelo de la CNUDMI

Índice

Capítulo I

1. INTRODUCCIÓN	Pág. 1
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	Pág. 3
3. OBJETIVOS	Pág.3
3.1. Objetivo general	Pág.3
3.2. Objetivo específico	Pág.3
4. HIPOTESIS	Pág.3
5. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	Pág.4
6. METOLOGÍA	Pág.4, 5, 6
7. DELIMITACIÓN DEL TEMA	Pág.6

Capitulo II

1. INTRODUCCIÓN	Pág.7
2. HECHOS JURÍDICOS	Pág.7
2.1. CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS	Pág.8
3. EL ACTO JURÍDICO	Pág.11
3.1. HECHO Y ACTO JURÍDICO	Pág.12
4. EL CONTRATO	Pág.12
5. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO	Pág.14
5.1. CONSENTIMIENTO O ACUERDO DE VOLUNTADES	Pág.15
5.2. CAPACIDAD	Pág.16
5.3. OBJETO	Pág.17 5.4
LA CAUSA	Pág.19 5.5.
MOTIVO	Pág.20 5.6. LA
FORMA	Pág.21
6. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LIBERTAD CONTRACTUAL	Pág.22
6.1. ALCANCE DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL	Pág.23 6.2
LIMITES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL	Pág.23
7. FUNDAMENTOS DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO	Pág.24
8. CONTRATO ENTRE AUSENTES	Pág.27

CAPITULO iii

1. CONTENIDO INTRODUCTORIO	Pág.30
2. INTERNET	Pág.32
3. INFORMÁTICA	Pág.34
4. DERECHO INFORMÁTICO	Pág.35
5. El derecho de la telemática	Pág.35

6. Relaciones entre el derecho informático y los contratos vía internet	Pág.36
7. Concepciones sobre el contrato informático	Pág.37
8. Similitudes con los contratos en general	Pág.39
9. La etapa precontractual de los contratos concluidos por vía informática	Pág. 42
10. Etapa precontractual	Pág.45
11. Prueba del contrato vía informática	Pág.51
12. Libertad contractual en los contratos concluidos vía informtica	Pág.56

Capitulo IV

1. Introducción	Pág.62
2. Concepto de cláusula	Pág.62
3. Autonomía de la voluntad y cláusula de legislación aplicable	Pág.63
4. Marco legal positivo	Pág.65
5. Concepto de cláusula de legislaciión aplicable	Pág.66
6. Justificación y admisibilidad de la validez de los contratos vía informática	Pág.66
7. Limites a la validez de la cláusula en contratos concluidos vía informática	Pág. 73
8. Utilidad de la cláusula de legislación aplicable	Pág.75

Capitulo v

1. Introducción	Pág.76
2. Conclusiones	Pág.76
3. Recomendaciones	Pág.84

Referencias bibilograficas	Pág.87
----------------------------------	--------