

CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO Y LA REGLA DE *INTERPRETATIO CONTRA STIPULATOREM*

Dr. Ignacio Monge Dobles*

Resumen: La seguridad jurídica es lo primordial que se debe proteger con el fin de garantizar la correcta formación contractual para que logre los efectos jurídicos pretendidos por las partes contratantes.

La globalización y el avance de la tecnología han permitido a la humanidad expresar la voluntad por medios electrónicos, y que generan los denominados contratos electrónicos.

La variación del medio para verter el consentimiento por vía electrónica plantea ciertas interrogantes. Primero, el del valor que se pueda otorgar al soporte electrónico, y el segundo, el procedimiento. La preocupación general radica tanto en la sustancia como en la forma, por cuanto no hay documento escrito y firma manuscrita u ológrafa. Para ello, cada Estado deberá establecer los principios aplicables de la contratación electrónica y garantizar la seguridad jurídica a las partes contratantes.

Ahora bien, en un mundo cada vez más interrelacionado e interdependiente entre sí, la seguridad en los diversos canales de comunicación son esenciales para que los

comerciantes logren celebrar con plena validez jurídica sus actos. Lo anterior se convierte en una de las estrategias principales de la competencia en los mercados y en las economías cada día más exigentes. Por ello resulta evidente y necesario un entorno legal que permita resolver adecuadamente los aspectos contractuales con plena seguridad jurídica y confianza comercial.

Ello en los contratos negociados y en la novedosa contratación en masa, lo cual plantea algunas dificultades de interpretación contractual por parte de las empresas y los consumidores.

Palabras clave: Contratos Electrónicos, Contratos de Adhesión, Consentimiento Digital, Interpretación Contra Stipulatorem, Contratos en Masa.

“Consentimiento Digital”: Análisis del Momento de Perfeccionamiento de las Obligaciones Contractuales

No se puede desconocer la preponderancia que ha tenido la tecnología como soporte del documento y por ende como base probatoria en las relaciones jurídicas modernas.

* El Dr. Ignacio Monge Dobles es abogado, Notario Público y profesor universitario de diversos cursos de postgrado y Maestría en Derecho Comercial. Ha sido conferencista invitado en seminarios nacionales e internacionales en Costa Rica, Panamá, España, Ecuador, Bolivia, México, Perú y Argentina. Actualmente es miembro de la prestigiosa firma de abogados Pacheco Coto, la cual cuenta con oficinas en Costa Rica, Suiza, Madrid y Nueva Zelanda.

El Derecho debe crear una estructura segura desde el punto de vista sustancial y probatorio para que los negocios electrónicos surtan verdadera validez y eficacia, encontrando puntos necesarios de convergencia entre tecnología y Derecho.

La seguridad jurídica es lo primordial que se debe proteger con el fin de garantizar la correcta formación contractual para que logre los efectos jurídicos pretendidos por las partes contratantes. Lo anterior entendiendo al contrato como el acuerdo para producir, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones con efectos jurídicos.

En cualquier forma de contrato, como acuerdo de personas, está presente una manifestación de voluntad en que coinciden los intereses de al menos dos sujetos de derecho, de manera que esas partes se relacionan jurídicamente para conciliar sus pretensiones; y dicha voluntad debe haber sido formada libremente, por sujetos capaces, y libre de todo vicio.

Como se indicó, el contrato tiene por objeto la producción de efectos jurídicos, sea de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y dicho objeto ha de ser lícito, equitativo y posible. Si una de las partes utiliza su situación de superioridad económica o jurídica para obtener resultados favorables hacia él y nocivos a la otra parte, el sistema jurídico remedia la falta de equidad con la teoría del abuso del derecho.

En ese sentido, los jueces pueden tomar medidas para que cese el abuso y descartar la aplicación de cláusulas contractuales abusivas por ser contrarias a Derecho, en presencia de un interés que cualquiera podría llamar en su defensa.

La globalización y el avance de la tecnología han permitido a la humanidad expresar la voluntad por medios electrónicos, y que generan los denominados contratos electrónicos.

La variación del medio para verter el consentimiento por vía electrónica plantea básicamente dos problemas. El primero, el del valor que se pueda otorgar al soporte electrónico, y el segundo, el procedimiento. La preocupación general radica tanto en la sustancia como en la forma, por cuanto no hay documento escrito y firma manuscrita u ológrafa. Para ello, cada Estado deberá establecer los principios aplicables de la contratación electrónica y garantizar la seguridad jurídica a las partes contratantes.

Por contrato electrónico o contratación electrónica se debe entender aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, directa o indirectamente, o bien puede tener una incidencia real sobre la formación de la voluntad de las partes en el acuerdo.

Las declaraciones de voluntad, con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones son realizadas por medios electrónicos y se caracterizan, entre otras cosas, por la incorporeidad de las documentaciones al realizarse generalmente en ausencia física de las partes, y con la aparición de transferencias de datos electrónicos. Todo lo anterior, en la mayoría de los casos, con efectos transfronterizos y a través de distintas fases de formación del consentimiento.

Así, se puede establecer que el contrato celebrado a través de medios electrónicos será considerado como un contrato electrónico; pero lo más relevante es que la voluntad o

acuerdo de las partes contratantes haya sido expresada por cualquier medio electrónico.

Sin embargo, ese intercambio de datos para la emisión de voluntades a través de la autonomía de la voluntad muchas veces no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica plena así como la confianza comercial. Así, para el pleno desarrollo de la contratación electrónica resulta necesaria la intervención legislativa, procurando contemplar el desarrollo de un régimen normativo bien elaborado sobre distintos negocios del comercio electrónico.

El consentimiento es un requisito primordial de todo contrato, que supone la concurrencia de al menos dos declaraciones de voluntad: la del oferente y la del aceptante.

Según la doctrina civilista, la oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y además, establece los requisitos necesarios del contrato al que se quiere llegar, de manera que éste quedará perfecto si recae la aceptación.

La propuesta u oferta contractual se ha de emitir por un medio físico o electrónico con la intención de obligarse, y debe realizarse a conciencia de que obliga contractualmente al oferente de acuerdo con sus condiciones.

A manera general, coincide la doctrina contractual en que los requisitos básicos de la oferta es que debe ser lícita, declarada, con el propósito del oferente de vincularse contractualmente, dirigida en cuanto a los sujetos y en cuanto a objeto determinado y completo.

Por su parte, la aceptación es la declaración de voluntad positiva o negativa que emite el

destinatario de una oferta por la cual acepta de manera expresa, pura y simple la correspondiente declaración de voluntad del oferente.

La formación del contrato mediante la concurrencia de oferta y aceptación, ya sea a través de medios electrónicos o tradicionales, exige en todos los casos declaraciones que incorporen todos los elementos esenciales del contrato.

Atendiendo a lo anterior, existen distintas teorías que analizan el momento de perfeccionamiento y validez del contrato electrónico. Estas teorías se exponen con brevedad, pero es necesario referirse a ellas para poder entender el mecanismo de formación y perfección en los contratos electrónicos entre ausentes.

Según la Teoría de la Emisión, el momento de la perfección del contrato electrónico es aquel en que el aceptante emite su declaración de voluntad y realiza el acto material de comunicar al oferente su aceptación. Según esta teoría, basta que el oferente haya declarado su oferta y posteriormente, al aceptarla el aceptante, el contrato quedaría perfeccionado.

No basta por tanto que la aceptación exista en la mente del aceptante y la voluntad esté formada, pues es preciso que se exteriorice de forma completa.

En caso de falta de acuerdo, eventualmente el lugar en el cual el aceptante emite su declaración de voluntad sería el lugar de la formación del contrato. En esa forma, hay contrato cuando el aceptante envía la comunicación de la aceptación al oferente.

Por su parte, según la Teoría de la Cognición el momento de perfección debe producirse

no cuando el aceptante emite la declaración de voluntad, ya que en tal caso el oferente estaría vinculado sin saberlo, sino que debe producirse cuando la aceptación llega al conocimiento del oferente, pues se trata de una declaración de voluntad de carácter receptivo.

También han surgido otras teorías intermedias. En este sentido la Teoría de la Expedición surge para paliar las críticas de la teoría de la emisión, pues supone que el contrato se perfeccionará no sólo con la simple declaración de voluntad por el aceptante, debidamente expresa, sino que es necesario además que la canalice adecuadamente hacia el oferente para que razonablemente llegue a su conocimiento. Así, el contrato electrónico se perfecciona cuando el aceptante ha hecho todo lo que diligentemente debía como un “buen padre de familia” para canalizar la aceptación hacia el oferente.

La Teoría de la Recepción matiza la teoría de la cognición, al considerar que el momento de perfección del contrato es aquel en que la voluntad de aceptación llega al ámbito o círculo de intereses del oferente. Lo anterior sin perjuicio de que éste llegue a conocerlo o no, para establecer como lugar del contrato donde se recibe la comunicación.¹

Ante un nuevo sistema de perfección contractual digital, se propone adoptar una nue-

va teoría que bautizamos con el nombre de Teoría de la Confirmación, lo cual exigiría para la perfección del contrato celebrado electrónicamente y como un requisito de buena fe contractual, no sólo la recepción y el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, sino además la notificación de la recepción al aceptante con carácter de recibido.

De admitirse esta tesis, existirían algunas ventajas prácticas. En particular, el contrato electrónico una vez celebrado con tan complejo sistema de perfección, sería relativamente sencillo probar su existencia, lo que dotaría de seguridad jurídica plena a todos los participantes de la contratación electrónica. En aquellos casos en los que no existiera firma digital, esta carencia podría suplirse parcialmente por la certidumbre que comporta el simple acuse de recibido de la aceptación por parte del oferente. Lo anterior sin implicar desde luego una cadena interminable de recibidos y como requisito de buena fe contractual.

Se ha considerado que el criterio fundamental que subyace en la contratación electrónica no es el de distancia, sino el de tiempo en el momento de la perfección del contrato, y ambos conceptos, sean el de distancia y el de tiempo, pierden trascendencia y se difuminan en la contratación por medios electrónicos, sobre todo en aquellos que se realizan en la Red.

Hoy en día, lo que caracteriza verdaderamente a la contratación electrónica – sea entre presentes o entre ausentes- es la interactividad a nivel mundial, donde cada contrato se puede perfeccionar de forma instantánea e inmediata, a pesar de que los contratantes se encuentren “físicamente ausentes” y distantes geográficamente entre sí.

Principios Generales de la Contratación Electrónica

La autonomía de la voluntad gobierna la materia contractual civil y mercantil como el principio de libertad de forma del contrato. Así se establece el principio de libertad de forma en la contratación y la forma electrónica válidamente admisible. De tal forma, las partes contratantes podrán pactar válidamente acuerdos por el medio que mejor convenga a sus intereses, salvo que ello esté expresamente prohibido por la ley.

Todo contrato se forma para crear un vínculo jurídico entre los contratantes, y está dirigido a crear un vínculo obligacional entre los contratantes por el que se crean, modifican, o extinguen relaciones jurídicas, lo cual constituye el efecto normal entre las partes, pues tiene fuerza de ley o fuerza obligatoria entre las partes intervinientes, produciendo los efectos queridos por las partes y los fijados por la ley, tales como la obligación de ejecución, la irrevocabilidad contractual, y la ejecución de buena fe manifiesta en las obligaciones de lealtad y cooperación en la ejecución de las obligaciones, cuyo incumplimiento podría generar la responsabilidad civil contractual y la eventual resolución judicial o ejecución forzosa.

El contrato electrónico se puede perfeccionar ya sea por un medio electrónico o por un medio físico, y siempre los mismos principios serían aplicables durante todo el proceso de su formación. Lo cierto es que los efectos jurídicos producidos por las declaraciones de voluntad exteriorizada a través de medios electrónicos son equivalentes a los producidos por una declaración de voluntad exteriorizada en forma escrita o verbal.

Ahora bien, en un mundo cada vez más interrelacionado e interdependiente entre sí, la seguridad en los diversos canales de comunicación son esenciales para que los comerciantes logren celebrar con plena validez jurídica sus actos. Lo anterior se convierte en una de las estrategias principales de competencia en mercados y economías cada día más exigentes. Por ello resulta evidente y necesario un entorno legal que permita resolver adecuadamente los aspectos contractuales con plena seguridad jurídica y confianza comercial.

Por su parte, con el principio de equivalencia funcional internacionalmente reconocido y establecido expresamente en muchas legislaciones, se equipara de manera funcional y jurídica la utilización de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas digitales al uso de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas manuscritas o en papel, lo cual implica aplicar imperativamente una regla de no discriminación entre los distintos medios de celebración contractual.

Lo anterior en el sentido de que no se le negarán efectos jurídicos o probatorios a los contratos o acuerdos por el mero hecho de presentarse en forma electrónica o digital.

¹ Los principios estipulados por la Unión de Derecho Internacional Privado acogen este criterio de la recepción al decir que la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida y se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal. Este es el sistema de formación de compraventa mercantil establecido por el ordenamiento costarricense en el artículo 444 del Código de Comercio, el cual establece que “*el contrato quedará perfecto desde el momento en que dentro de los términos indicados en el artículo anterior, el proponente reciba comunicación de la otra parte aceptando pura y simplemente. Si la contestación contuviere algunas modificaciones o condiciones, el contrato no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no acepte los cambios y así lo haga saber. Esa contestación, por su parte, producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a poder del posible comprador*”.

El juzgador, desde la óptica de la equivalencia funcional y de la autonomía de la voluntad, cuando se le presente como prueba de respaldo un contrato firmado electrónicamente que cumpla con todos los requisitos de seguridad y certificación de cada legislación, deberá atribuirle el valor de plena prueba, y en el peor de los casos, de prueba iuris tantum que admite eventualmente contraprueba por la parte que alegue su invalidez respecto a su autoría.

Finalmente, el principio de neutralidad tecnológica supone que cada Estado debe regular el impacto de las tecnologías en el ámbito jurídico; y que dicha regulación no debe comprender o dedicarse exclusivamente a una concreta tecnología, sino que ha de abarcar bajo una misma normativa, y en la medida de lo posible, la regulación de cualquier tipo o forma de tecnología. Así, los ordenamientos deberían acoger en su régimen todas las innovaciones presentes y futuras, sin necesidad de ser modificadas o crear legislación para cada tecnología.

El principio de neutralidad tecnológica implica un considerable valor añadido para el comercio electrónico y la contratación electrónica en general. Su plena vigencia y acertada formulación legislativa supone que las tecnologías incipientes deben ser comprendidas por el Derecho en la misma medida y extensión en que lo son las tecnologías plenamente operativas al día de su aprobación. El alcance de este principio responde al “Derecho Realidad” y una interpretación evolutiva de las normas existentes.

Buena Fe y “Contratación en Masa”

Seguidamente se manifiesta el principio de la buena fe contractual, entendido como una

idea general de lealtad, rectitud y corrección. Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y los contratantes deberán presumirla y consagrarla en su relación de negocios, independientemente del medio que se utilice para su perfeccionamiento. La buena fe es una creencia que por efecto de un error excusable tiene la persona de que su conducta no peca contra el Derecho.

Ha sido plenamente comprobado que la buena fe en la contratación constituye uno de los fundamentos básicos del régimen jurídico contractual y comercial en cuanto a la búsqueda de un verdadero equilibrio de equidad y lealtad entre los contratantes.

Civilmente, los derechos han de ejecutarse siempre de buena fe, el cual tiene dos manifestaciones concretas: la obligación de lealtad y la falta de actitudes dolosas (*animus nocendi o vexandi*). En cualquier caso, la ley no debe amparar nunca el abuso del Derecho y establecer medios eficaces para evitarlo.

Más aún en la contratación electrónica, la buena fe debería ser respetada en grado superior en tanto y en cuanto las circunstancias de parcial desconocimiento y desconfianza persistan.

Los productos o servicios que generalmente se contratan en la Red aparecen en las web sites y el consumidor los adquirirá, generalmente, sin tratos preliminares, sin conversaciones previas, ni redacción de proyectos o borradores. La contratación realizada a través de internet es, en algunas ocasiones, una contratación compulsiva por el propio medio empleado y la facilidad de adquirir los productos o servicios se da con la simple aceptación haciendo un simple “click” sobre un icono.

Se vive en un mundo cada vez más interconectado por la globalización y por la revolución científico-tecnológica. Este desarrollo tecnológico ha revolucionado y ha transformado radicalmente las prácticas tradicionales de negociación contractual.

La evolución del concepto de contrato ha tenido distintas manifestaciones a lo largo de la historia jurídica. Inicialmente fue definido como una conjunción de consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas, resaltando la autonomía de la voluntad manifestada en un acuerdo tendiente a reglar sus conductas jurídicas. Y es que imaginar un contrato en donde la autonomía de la voluntad no es un pilar fundamental sería como cuestionar la esencia misma de los convenios como fuente de obligaciones.

El principio de autonomía de la voluntad ha sufrido importantes variantes a partir de la introducción de las condiciones generales dentro de los llamados “contratos de adhesión” o “contratos en masa”, a tal punto que algún sector de la doctrina afirma que existe una crisis del contrato negociado.

Dicho contrato negociado se caracteriza por estar constituido por un acuerdo entre las partes, conforme a principios rectores, como lo son la moral, el orden público, la ley, la buena fe y la equidad. La fuerza obligatoria de este tipo de contratos está en el reconocimiento de la condición de persona, de su dignidad y en ese tanto de su libertad para auto-regularse y auto-responsabilizarse. Se les denomina “negociados” porque para su perfeccionamiento se recurre a conversaciones previas entre las personas, discusiones y forcejeos, tratos preliminares, declaraciones concordantes, incluso respecto del contenido del contrato.

No obstante, es evidente que nuestra realidad, en materia de contratación, ha sufrido cambios importantes precisamente porque, en la actualidad, es cada vez menor la posibilidad de negociar las condiciones de la contratación, pues en su mayoría se encuentran ya predisuestas.

Los denominados Contratos de Adhesión, Tipo o Producto son contratos predisuestos por una de las partes contratantes (proponente) que, por su envergadura económica, goza de mayor poder de negociación frente a la otra (adherente). También pueden haberse predisuesto que una tercera persona (*contratos standard*).

Estos contratos se caracterizan porque la autonomía de la voluntad se encuentra disminuida. La “parte débil” en la contratación, en este caso mejor llamada la parte adherente, se limita a dar su “consentimiento” – o más bien su manifestación- a las condiciones ya establecidas, sin posibilidad de discutir su contenido. Ante esta nueva versión, si bien válida como una forma moderna de realización de negocios jurídicos, el contrato deja de ser una regla de conducta obra de los contratantes.

El término contrato en masa se utiliza para designar la multiplicidad de estipulaciones de las empresas, las cuales, dirigiéndose a un número indeterminado de consumidores, ofrecen bienes y servicios en el mercado, por medios tradicionales o electrónicos, y bajo condiciones preestablecidas e inmodificables por parte de su clientela. Ello básicamente pues los negocios han de ser concluidos de manera rápida.

En cuanto a las Relaciones Contractuales de Hecho, también denominados conductas

sociales típicas, serán aquellas relaciones jurídicas iguales a los contratos, salvo en su origen, en tanto adolece de declaraciones de voluntad propiamente dichas. No son propiamente relaciones contractuales, aunque de ellas nazcan obligaciones. Dentro de estos nuevos tipos de contratación, adquiere una especial importancia las denominadas “condiciones generales” de la contratación, las que constituyen un conjunto de reglas que una empresa, grupo o rama de industriales o de comerciantes, establece para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar y que redacta unilateralmente impidiendo futuras modificaciones o discusiones sobre el contenido del contrato.

Las características de los contratos con “condiciones generales” son: a) pre-disposición unilateral: pre-redacción o predisposición; b) generalidad: se configuran las condiciones para ser aplicadas a todos los contratos. Se redactan en forma abstracta y articulada, como las leyes y; c) imposibilidad de negociación.

Dicha imposibilidad tiene dos reglas. La primera regla indica que la posibilidad de discutir una cláusula aislada, no excluye que se mantenga el principio de imposibilidad de negociación sobre el resto de condiciones generales (condiciones particulares frente a condiciones generales). La segunda gira en torno a la inversión de la carga de la prueba, lo que implica que la parte adherente no prueba la imposibilidad de negociación, es la pre-disponente quien debe probar la existencia de un contrato negociado.

Las condiciones generales son propias de lo que la doctrina ha denominado “contratación

en masa” que surge como consecuencia de la sociedad altamente consumista, más aún en el escenario digital.

El cyber-consumismo ha generado que los contratos no se negocien, sino que, se elaboran como un producto “masivo”, en el que carecen de interés las intenciones particulares de las personas contratantes. En otras palabras, hemos evolucionado de un contrato negociado a un contrato masificado con condiciones generales predispuestas por la parte proponente.

Así, la autonomía de la voluntad ha quedado limitada a dar un sí a las condiciones predispuestas o de lo contrario no adquirir el bien o servicio que se ofrece por el proponente. Esto no significa “satanizar” este tipo de contratación, pues cumple importantes funciones dentro de nuestro sistema económico y comercial moderno. A través de esta contratación, las empresas, minimizan los costos de la transacción y de la negociación del contrato, y además favorecen la eficiencia y la misma división de tareas de los miembros de la organización empresarial.

La contratación con cláusulas predispuestas ciertamente cumple una función económica plausible, ya que muchas veces solo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales.

En la práctica, la creación y redacción de las condiciones generales del contrato se le encarga a un grupo tecnocrático que se ocupa del trabajo jurídico (crea las condiciones generales), en tanto que la venta del producto o del servicio se encarga a otro grupo especializado. De esta forma

esas condiciones generales, reducen las necesidades de comunicación entre la empresa y las personas consumidoras, ante las eventuales incidencias del contrato.

Desde el plano jurídico, algunas doctrinas sostienen que la posibilidad de negociar el contenido del contrato es algo anticuado, lacunoso y ambiguo, por lo que, no se adapta a las necesidades del tráfico actual. Para las personas defensoras de esa posición, las “condiciones generales de la contratación” suministran una reglamentación más analítica, exhaustiva y clara. En consecuencia, remueven motivos de incertidumbre y así se evitan controversias, litigios y costes asociados, por lo que, desde el punto de vista económico hace del contrato un instrumento más eficiente.

Esta posición recibe sus críticas, precisamente, cuando se presenta una escasez de claridad y de corrección de las condiciones generales. Si las condiciones generales siempre fueran “claras” y “carentes de ambigüedad” no habría necesidad de que fueran interpretadas por los órganos jurisdiccionales, ello debido a que las empresas se encargarían de formular condiciones generales de “alta calidad”.

No obstante, en ciertas ocasiones la realidad resulta contraria, ya que los jueces desaplican esas condiciones generales y las califican de “abusivas”. Al existir una parte pre-disponente, es evidente que, en la mayoría de los casos, las condiciones generales serán redactadas en beneficio exclusivo de la empresa. Bajo esta perspectiva, las condiciones generales son utilizadas en muchas ocasiones para dar seguridad a la empresa pre-disponente y no a la persona consumidora o adherente.

Esta modalidad contractual, que responde a una verdadera realidad del tráfico mercantil actual, ha motivado a la elaboración de un conjunto de normas de interpretación. Tomando en cuenta este nuevo régimen de contratación, cada ordenamiento jurídico debe contener un régimen jurídico de protección y sobre todo de interpretación clara de los términos en los contratos que incorporen condiciones generales. Lo anterior a través de reglas para que los consumidores y las empresas proponentes obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos.

Ante ello, es obligación de todo comerciante respetar las condiciones de la contratación; brindar información clara y veraz a la persona consumidora de los elementos que inciden en la relación de consumo; y apegarse a la equidad, los buenos usos comerciales y a la ley en su relación con el consumidor.

De esta manera, la ley de cada país debe ofrecer toda una serie de controles de inclusión para garantizar que a la parte adherente se le pongan en pleno conocimiento, de forma clara y veraz, las condiciones generales de la contratación en los convenios predispuestos so pena de que, si no se le otorga la posibilidad de conocerlas o aún conocidas no resultan ser claras sino más bien ambiguas, las cláusulas que reúnan esas características se declaren inválidas e ineficaces, sea cual sea el medio a través del cual se perfeccionó el convenio entre ellas.

Para entender realmente el control de inclusión hay que distinguir las dos etapas de un contrato, o sea su celebración y, luego su ejecución. En el momento de la celebración del contrato que contenga condiciones generales, su eficacia no depende de otorgar

su consentimiento a esas condiciones, sino más bien de la posibilidad efectiva de conocerlas (a través de la entrega de un formulario, o de una publicidad que las contenga, o a través de cualquier medio del cual se pueda derivar que, efectivamente, el adherente las conoce). Esto es lo que se entiende por “conocimiento efectivo”.

Bajo esta perspectiva, el control de inclusión cumple con dos funciones trascendentales:

- a- la función legitimadora: el cumplimiento de los requisitos de inclusión legitima las condiciones generales a las que la persona se ha adherido, en consecuencia la vincula con ellas en la medida en que sean conformes con la regulación pactada o legal (buena fe, justo equilibrio); y
- b- la función de publicidad o de información: antes de la celebración del contrato, la persona adherente carece de interés en las condiciones generales. Su conocimiento efectivo es trascendental, solo en el momento de su ejecución. O sea, es después de la celebración del contrato que los requisitos de inclusión desempeñan su función principal.

Posteriormente, a través de un efectivo control de contenido, aún y cuando se tenga la posibilidad de conocerlas y su redacción sea clara, debe ser posible anularlas cuando ellas sean eventualmente calificadas como cláusulas abusivas. Este control de contenido se aplica una vez superado el controlde inclusión, a través de la declaratoria de nulidad o anulabilidad de las cláusulas

“abusivas” expresamente establecidas por ley o bajo la interpretación de buena fe del juzgador.

A través del control de contenido se integra la equidad, la buena fe y el justo equilibrio a las condiciones pre-dispuestas en la contratación. En otras palabras, para que las condiciones generales adquieran eficacia deben haber sido conocidas por la parte adherente o al menos que hubieran podido serlo, a través de un parámetro de diligencia ordinaria (control de inclusión), y el control de contenido, somete las condiciones a un control de equidad y buena fe contractual.

Por citar algunos casos, se pueden considerar eventualmente abusivas y nulas las cláusulas generales de los contratos de adhesión que confieran al pre-disponente, plazos desproporcionados o poco precisos ejecutar una prestación; establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados en relación con los daños para resarcir por el adherente o bien impongan cláusulas arbitrales.

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales, y las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente.

Como consecuencia del principio de la buena fe contractual nace la regla de *interpretatio contra stipulatorem*, regulada como interpretación *contra proferentem* en las distintas leyes comerciales y de protección a los consumidores, en razón del principio de *favor debilis*.²

2 Así, el artículo 1370 del Código Civil Italiano, el artículo 42 de la Ley 7472 de la República de Costa Rica, el artículo 1288 del Código Civil español, el artículo 1139 del Código Civil panameño, el artículo 1240 del Código Civil portorriqueño, el artículo 1401 del Código Civil de Perú, y el artículo 133-2 del Código de Consumo francés.

De tal forma, la doctrina confirma que el postulado básico es que en caso de duda en el alcance e interpretación de las estipulaciones pre-insertas en los contratos de adhesión, siempre se interpretarán en el sentido más favorable al adherente. Se observa una clara finalidad protectora de los intereses de una parte impuesto por la buena fe contra el posible abuso de la parte causante de la oscuridad de la cláusula. Con ello se evita que el predisponente, con un comportamiento contrario a la buena fe, pueda sacar ventaja de la ambigüedad de las cláusulas unilateralmente redactadas, debiendo, en efecto, soportar el riesgo de un eventual defecto de claridad en la formulación elegida. La redacción debe ser *clare loqui* a fin de no lesionar la confianza de la contraparte.

El fundamento de esta regla se apoya en el principio de auto responsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad, pues al realizarla, el sujeto tiene la obligación de expresarse claramente, por lo que si no lo hace deberá cargar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra. Así, el predisponente tuvo todos los medios a su alcance para evitar una redacción ambigua u oscura de la cláusula, y al no hacerlo, deberá correr con los riesgos jurídicos de su impericia, negligencia o mala fe.

Quien redacta las cláusulas está en condiciones de hacerlo con tiempo y asesoramiento; por ende, tiene la obligación de redactarlas de manera clara, ya que está en la mejor posición para hacerlo. Además de lo anterior, existe un fundamento económico basado en los bajos costos transaccionales, y un mandato jurídico plasmado nuevamente en la regla de la buena fe contractual, que

obliga a obrar siempre de manera leal y transparente. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una auto responsabilidad cuando no se cumple con ella.

Así, a través de la *interpretatio contra stipulatorem* se establece una distribución equitativa del riesgo contractual, lo que significa que la parte adherente, al no haber participado en la redacción de las cláusulas, no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración. De acuerdo con este fundamento, la regla de interpretación cumple tres funciones básicas en el marco de la contratación en masa: a) una función de distribución equitativa del riesgo contractual derivada de la formulación ambigua, dudosa u oscura del clausulado; b) otra de protección al adherente al cargar el predisponente con el riesgo derivado de una dudosa redacción; y c) una función de prevención y estímulo a los proponentes a fin de que redacten sus cláusulas con el mayor grado posible de claridad y transparencia, bajo pena de soportar los inconvenientes en caso de incumplimiento.

Ahora bien, para la aplicación práctica de esta regla, la cláusula debe ser dudosa, ambigua u oscura. Esto es que cuando a su tenor literal o de su aplicación al caso concreto puedan producirse varios significados, porque no proporciona la información suficiente o porque las palabras empleadas tengan varios significados admitidos. No cabe ninguna duda que esta regla constituye un baluarte eficaz para promover una redacción clara y comprensible de las condiciones contractuales, se presentan ellas a través de un formato tradicional o digital.

Esta regla se restringe a la aclaración del sentido de las cláusulas dudosas o ambiguas, más no a corregir eventuales desequilibrios o abusos contractuales a la parte adherente. Así, más allá de su inclusión y contenido, la regla de interpretación entra subsidiariamente a cooperar con las cláusulas generales conocidas y bien presentadas, pero con un contenido ambiguo.

Con ello, el comercio electrónico mundial es responsable de los profundos cambios registrados en la manera de hacer negocios estimulando la integración de los mercados globales. En la medida en que crece el comercio electrónico mundial, cada ordenamiento deberá establecer una estructura clara, adecuada y estable que respalde jurídicamente los distintos negocios jurídicos.

Bibliografía

BAUDRIT CARRILLO, Diego (2000). **Derecho Civil IV: Teoría General del Contrato.** Tercera Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

DIEZ-PICASO, Luis (1996). **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.** Volumen primero. Quinta Edición, España.

LEYVA SAAVEDRA, José (2011). **La Regla de Interpretación Contra Stipulatorem.** Red Iberoamericana de Magistrados. Tomado de la página web www.rimjc.org.

MONGE DOBLES, Ignacio (2009). **Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos Comentada.** Editorial Investigaciones Jurídicas IJSA, San José, Costa Rica.

JURISPRUDENCIA. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José, Costa Rica.

JURISPRUDENCIA. Tribunal Primero Civil de Costa Rica. San José, Costa Rica.

OBANDO PERALTA, Juan José (2000). **El Régimen Jurídico de la Compraventa Nacional e Internacional en Internet.** Tesis de Grado, Obra Inédita, Universidad de La Salle, San José, Costa Rica.