

## Contratos electrónicos

### El click como medio de aceptación y perfeccionamiento del consentimiento

Nicolás Surijón

#### 1. Introducción [arriba] -

##### 1.1 Resumen

Datado en la anteúltima década del siglo XIX y habiendo tenido como reforma más importante cuantitativamente hablando la ley 17.711 del 26 de Abril de 1968, el código civil derogado ha abrigado en su seno la teoría general del contrato clásico con los matices propios de los cuerpos normativos que sirvieron de antecedente a Dalmasio Vélez Sarsfield en la titánica tarea que le fue encomendada.

Lejos estaba de sus posibilidades vislumbrar el grado de dinamismo, desarrollo y dispersión que alcanzarían las contrataciones con la venida del próximo siglo, y la geométrica proyección que esta tendencia demuestra en los albores del siglo XXI.

La teoría general del contrato se construye en su dimensión espacial, a partir de lo que era lo único concebible para la época de su concepción, es decir, el espacio físico, ni las mentes más brillantes que trascendían los límites terrenales para posar sus miradas en los confines del universo, vislumbraban la creación de otro espacio, independiente del físico, libre de fronteras y de límites a la extensión, en constante expansión siguiendo el postulado de Einstein, pero con un ritmo mucho más súbito, este espacio paralelo es el que se denomina "virtual" o "ciberespacio", y es el que ha permitido crear la evolución de la informática .

Es en este último y novel espacio donde se llevan a cabo más cantidad de contratos en el plazo de un año, que los que se habían llevado en los últimos 100, la expansión de todas las formas de telecomunicación permitió un fenómeno de contrataciones masivas sin precedentes.

La crisis que eclosiona a partir de esta revolución de carácter inmaterial genera una serie de interrogantes entre los cuales esta si bajo el sistema jurídico argentino el "click" configura una modalidad válida de expresión de la voluntad. Se postula que dicha acción constituye una forma expresa de manifestación de la voluntad, capaz de concurrir válidamente a la formación del consentimiento.

Y que puede ser considerada, con sustento normativo como un supuesto de Firma Electrónica convirtiendo al contrato así celebrado en un instrumento privado valido con fuerza jurigena

vinculante para las partes unidas por el mismo, con las limitaciones que la calificación jurídica acarrea de acuerdo al plexo normativo que se le aplica.

## *1.2 Que se entiende por contratación electrónica*

La forma más sencilla de explicar la contratación electrónica es mediante su contrastación con su par tradicional, es decir la contratación clásica que se viene dando hace siglos y sobre la cual se apoya la dogmática de la teoría clásica del contrato.

En sus elementos comunes cabe destacar como nota esencial a aquellos que justamente, hacen a la esencia del contrato, vgr. Forma, Causa, Objeto, Consentimiento y luego para cada contrato en particular aquellos elementos que sean los tipificantes de la modalidad específica, como puede ser la cosa vendida y el precio comprometido en la compraventa de cosas.

Es en la diferencia donde se encuentra la nota característica de la contratación electrónica, mientras que el contrato tradicional, celebrado entre presentes o ausentes, se elaboraba un instrumento que tenía soporte en algún medio físico, o se utilizaba alguna forma física, ya sea expresa o tácita de expresión de la voluntad, en la contratación electrónica, hay un intermediario obligado y se manifiesta en un espacio reservado, el intermediario resulta ser los programas informáticos de cualquier tipo y el espacio reservado es el llamado "Virtual".

Los contratos electrónicos pueden tener objetos inmediatos y mediatos idénticos o similares a los de los contratos convencionales, es decir, como consecuencia de ellos pueden derivarse obligaciones de hacer, de no hacer, o de dar. Pueden celebrarse contratos de compraventa, de suministro, de locación de servicios, o de cualquier otro tipo. La cuestión del objeto de los contratos electrónicos no merece mayor análisis jurídico, dado que no reviste novedad respecto de los contratos clásicos o convencionales; su tipificación como tales resulta de los medios que se utilizan en su celebración.

Por lo tanto será electrónico aquel contrato que sea celebrado con la intermediación de programas informáticos sobre un medio que le es propio que es el espacio "Virtual", separando de la contratación electrónica a aquellas cuestiones que sean coadyuvantes o complementarias de la contratación tradicional pero que resulten estar ubicadas en este nuevo espacio, si ambos extremos, medio e intermediación no están presentes, entonces el contrato fue celebrado conforme a las concepción tradicional del mismo.

## **2. El *click* como expresión de consentimiento** [arriba] -

### *2.1 ¿El "click" es una forma válida de expresar la aceptación?*

Como es sabido, la voluntad, parte de un acto humano es un componente psicológico que se desarrolla en el fuero interno de las personas, si bien un acto debe ser voluntario para ser

jurídicamente apto para producir efectos jurídicos, es insuficiente la voluntad por sí, sino que precisa necesariamente de una forma de exteriorización[1], que vuelque esa intención en un hecho apreciable por terceros, si la voluntad quedase, “in mente retenda” difícilmente podría provocar efecto alguno, sin perjuicio del lugar que ocupa la voluntad “real” en relación a la “declarada” en nuestro derecho.

Ahora bien, esta manifestación de la voluntad no puede adoptar cualquier forma, el derecho a tasado con mayor o menor rigurosidad, cuáles de las posibles manifestaciones que puede adaptar su exteriorización serán relevantes jurídicamente para expresarla[2], en el plano de los contratos la voluntad se exterioriza y el consentimiento se consuma mediante el mecanismo de la oferta y de la aceptación[3].

Por no hacer directamente al punto que se discurre en este trabajo, no se hablara sobre las distintas teorías en torno al momento que se produce la aceptación y formación del consentimiento y como juega ello con el supuesto de la retractación, sin embargo es interesante destacar que dicha cuestión reviste nuevas aristas a la luz de la contratación electrónica.

En este sentido, y con relación a la cuestión planteada, la jurisprudencia no ha permanecido ajena y ha sostenido que respecto del consentimiento expresado por medios electrónicos, las normas de nuestros códigos han sido superadas por el desarrollo de los medios de comunicación[4]. Sin embargo, la legislación vigente continúa siendo aplicable en la materia, y otorga de una manera clara y directa los parámetros a los que debe ajustarse una declaración de voluntad para producir efectos jurídicos.

En este sentido, el “click” constituye una forma válida de expresión de la voluntad, equiparable a la forma expresa. Es indudable que el “click” revela y exterioriza la voluntad de quien realiza la acción. En el derecho comparado se ha reconocido carácter vinculante al “click”, cuando se ha sostenido que una persona queda vinculada por las condiciones generales al pulsar el botón que dice “aceptar”, luego de haber tenido oportunidad de leerlas[5]. Asimismo, la contratación por medios electrónicos ha sido materia de estudio por parte de la Organización de las Naciones Unidas, en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), que ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, del año 1996, que establece que en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos[6], y que no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

Finalmente, y esta misma línea, se ha presentado en nuestro país un proyecto de ley[7] en este sentido del cual se extrae la siguiente cita “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”[8].

Si bien del proyecto citado surge que su aplicación se circunscribe a los contratos internacionales, nada obstaría a la aplicación analógica a supuestos acaecidos en el ámbito nacional.

Por último cabe destacar la recientemente sancionada ley (en vigencia desde agosto de 2015) que establece un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Redactado por la Comisión de Reformas Designada por Decreto 191/2011, el cual se encarga de regular, en relación a los Contratos de Consumo, la contratación electrónica, en sus Arts. 1105, 1106, 1107, 1108[9], los que se ocupan de los contratos celebrados a distancia, la utilización de medios electrónicos, la información sobre los medios electrónicos, y la oferta por medios electrónicos.

## *2.2 ¿Cumple el "click" la función que el sistema jurídico argentino otorga a la "firma electrónica"?[10]*

Habiendo reconocido al "click" como una forma válida para expresar una declaración de voluntad que concurre a la formación del consentimiento en un contrato electrónico, se plantea ahora la cuestión relativa al valor de dicha acción en los instrumentos privados, considerando que el Código Civil establece que la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, y que ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos.

En nuestro sistema normativo se dictó una norma con la pretensión de regular la situación de los instrumentos privados confeccionados y firmados por vías electrónicas, sin embargo, no se aprovechó del todo la oportunidad de regular la cuestión que nos compete, sin embargo a mi entender de forma oblicua se dio el "nomen iuris" a la figura de nuestro derecho que mejor da cuenta del hecho de un "click" como medio de aceptación y que permite aplicarle subsidiariamente las normas relativas a la firma ológrafa, la "Firma Electrónica" de la ley 25.506.

Para dilucidar las posibilidades de atribución de la calidad de "Firma Electrónica" a la acción de realizar un "click" en el marco de la contratación electrónica, es menester remitirse primero y principalmente a la normativa especial vigente al respecto, y luego a la normativa general de los contratos e instrumentos privados receptada por nuestros códigos civil y comercial.

En lo pertinente, la precitada ley 25.506, nos da un concepto sobre lo que es el "Documento Digital", la "Firma Electrónica" y la "Firma Digital" y que efectos jurídicos proyectan estos dos últimas formas de firmar sobre la autoría y contenido del primero.

En toda contratación electrónica atento a lo dispuesto por el art. 6. de la ley nuestro contrato habrá quedado asentado en un "Documento Digital", propiciando una "Equivalencia Funcional" entre este y aquel asentado en un soporte físico como ser el papel, sin embargo los efectos diferirán mucho dependiendo de cómo este documento este firmado.

La “Firma Digital” es aquella que se realiza mediante un procedimiento matemático que parte de información de conocimiento exclusivo del firmante, bajo su exclusivo control, este procedimiento permite dilucidar tanto la identidad del firmante como si hubo alguna alteración sobre el contenido del documento.

El art. 5 define a la “Firma Electrónica” en contraposición aquella, como la firma que se realizare por medios electrónicos que careciere de alguno de los elementos esenciales para constituir una “Firma Digital” y pretende darle ciertos efectos jurídicos a la misma, pero no especifica cuáles[11].

Ahora bien, el art. 3 habla sobre los supuestos donde la ley requería de la firma manuscrita u ológrafa, diciendo que en estos casos, la exigencia queda también satisfecha por la “Firma Digital”[12], sin embargo no dirime en términos concretos la situación de la “Firma Electrónica” respecto a la aptitud para reemplazar a una firma ológrafa en un contrato y propalar efectos jurídicos, dos caminos interpretativos son posibles, uno es el de quitarle virtualidad a la “Firma Electrónica” como medio de expresión de la voluntad apto para celebrar un contrato porque solo expresamente la “Digital” sería equivalente a una firma común y corriente, la otra es interpretar que simplemente opera una inversión del “onus probandi” en el supuesto de negación de la firma cuando se trata de una del tipo “Electrónica” como se desprende del final del art. 5, pero que cumple con los efectos jurídicos de la “Firma Digital” hasta tanto no se alegue su falsedad, como bien es sabido, una firma manuscrita al ser controvertida requiere de quien alega su ilegitimidad un incidente de redargución de falsedad, teniendo una presunción iuris tantum de autenticidad y con carga sobre quien lo alega, en este caso, la firma negada se presume falsa, quedando en cabeza de quien la quiere hacer valer la demostración de su valía.

Por este segundo camino interpretativo me inclino, por el simple hecho de que ayuda mejor a tutelar un tráfico que es una realidad consolidada y que puede mejor regularse a la luz del derecho contractual que desproveyéndolo de sus herramientas por el simple hecho de querer resistir el paso del tiempo, además los derechos de los consumidores, quedan debidamente resguardados por sus estatutos particulares y si bien la suplantación de identidad en internet es una cuestión frecuente y riesgosa, la facultad de cargar con una presunción iuris tantum de falsedad a la firma por parte de los contratantes genera que quienes arbitran estos medios de contratación extremen recaudos para garantizar la operación por completo.

A partir de ello los arts. 7 y 8 nos ilustran sobre los efectos jurídicos de la “Firma Digital” en torno al documento y contrario sensu, los de la “Firma Electrónica”, a partir de dos importantes presunciones iuris tantum.

El art. 7 establece la presunción de autoría, merced de la cual, podemos atribuir, salvo prueba en contrario, el documento electrónico a la persona firmante en su carácter de titular del certificado digital de verificación.

El art. 8, la presunción de integridad, que se obtiene a partir de firmar digitalmente dicho documento, y emana de la imposibilidad de alterarlo con posterioridad a la firma, sin que dicha alteración quede manifiesta, garantizando la autenticidad del mismo al momento de la firma, ambas presunciones en su conjunto, dan cumplimiento al objetivo de dar certeza jurídica a las contrataciones por medios electrónicos.

Paradójicamente y como consecuencia lógica que se deriva de la condición que precedentemente imputamos a la acción de “Click” o “Acepto” de ser “Firma Electrónica” y por tanto, no otorgar la presunción de autoría, de lo que se sigue que tampoco otorga la de integridad del documento y por ende la de su autenticidad, esto implica que en la práctica habitual, la gran mayoría de las situaciones, queden fuera del amparo de los efectos más beneficiosos de la ley 25.506.

### **3. ¿Puede esa acción (*click*) atribuir a su autor el contenido del documento resultante?** [arriba] -

En lo que hace a nuestro derecho nacional, la ley de “Firma Digital” realiza una atribución de modo directo del contenido obrante en el “Documento Digital” firmado con la “Firma Digital” y presume su inalterabilidad desde su concepción sin intervención del firmante, merced de las seguridades que provee este mecanismo.

Siendo que ante un “click” nos encontramos a lo que propusimos como equivalente a una “Firma Electronica” la ley no nos provee de pautas de adjudicación del contenido del documento así firmado, sino simplemente la posibilidad de identificar, si no media desconocimiento de la firma, al firmante.

En el ámbito del derecho internacional privado y en el derecho comparado se han ensayado respuestas para esta problemática, sin ir más lejos, nuestra normativa está basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico que yendo un poco más allá que nuestro plexo normativo, da soluciones para la atribución y autenticidad del contenido del mensaje en el art. 13:

“– Atribución de los mensajes de datos

3) “...En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, y a actuar en consecuencia, cuando:

a) Para comprobar que el mensaje provenía del iniciador, el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin; o

b) El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio...”

Es importante notar que la flexibilidad de este modelo, tiene que ver, en parte, por su propio carácter, por la posibilidad de que sea adaptado y adoptado por los derechos internos de los estados pero también con un criterio de “Lege Ferenda”, y atento a la materia que viene a regular, esto último es encomiable. Similar criterio sigue la comunidad europea a partir de la Directiva 1999/93/CE[13].

En el derecho español siguieron un derrotero similar al nuestro pero incorporaron una figura adicional a los efectos de dar certeza a los contratos celebrados por medios electrónicos, para facilitar la prueba de los contratos electrónicos la LSSICE[14] prevé la intervención de los denominados terceros de confianza exponiendo en su Art. 25 que:

“Artículo 25. Intervención de terceros de confianza

1. Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar...”

Doctrinariamente tenemos también algunas pautas interpretativas, el Dr. Ricardo Lorenzetti en su obra “Comercio Electrónico” entiende que independientemente de las prescripciones de la ley, cabe una imputación de las acciones de los particulares derivadas de su presencia online, con un criterio objetivo, producto de una suerte de ius vigilandi, respecto de la conformación de una identidad de los sujetos a los efectos de la actividad en internet.

“...quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que este pertenece a su esfera de interés, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario...” “... la declaración se considera conocida cuando entra en la esfera del control del receptor, y existe una carga de auto información y de custodia a cargo del sujeto identificado como titular...”[15]

Continuando con esta línea argumental establece que la declaración de voluntad es emitida por la computadora, pero no como un sujeto independiente, sino de acuerdo a órdenes recibidas. Por lo tanto esta declaración es imputable al sujeto a cuya esfera de intereses pertenece el hardware o software.

Finalmente y a modo de conclusión debemos observar que, de no mediar una producción legislativa más profusa, en el sentido de otorgar mayor certeza a las relaciones jurídicas emanadas de los contratos electrónicos con la sola “Firma Electrónica”. Con toda probabilidad, las sentencias de nuestros magistrados, serán quienes den forma, mediante su jurisprudencia, a un meta-derecho consuetudinario ajeno a nuestras costumbres jurídicas, fundado principalmente en la ausencia de normativa específica que trate estas nuevas

problemáticas, en un derecho que siguiendo la herencia continental europea, carece de dinamismo suficiente para abarcar estas problemáticas.

#### **Bibliografía** [arriba] -

" Tratado de Derecho Civil", Jorge Joaquín Llambias, Decimosexta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995

"Contratos", Alberto G. Spota, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009.

"Comercio Electrónico y Defensa del Consumidor", Ricardo L. Lorenzetti, La Ley, Buenos Aires, 2000-D.

"Contratación electrónica y banca electrónica. (e-commerce & home banking)", Carlos G. GERSCOVICH, "Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones", Abeledo-Perrot, Año 41, t° 2008-A.

#### **Notas** [arriba] -

[1] Código Civil, Artículos 913, 915, 916, 917, 918, 919, 1145, 1146 y 1151.

[2] Cfr. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, Decimosexta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, 269.

[3] Cfr. Spota, Alberto G, Contratos, Parte General, Tomo I, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009, 479.

[4] "AOL Argentina S.R.L. c/ GCBA s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Cámara de Apelaciones en lo Contenciosos Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 29/12/2005, MJJ6669, MJ-JU 6669-AR.

[5] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Comercio Electrónico y Defensa del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2000-D, 1003.

[6] Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, Año 1996. En su Artículo 2, Inciso a), establece que por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

[7] Proyecto de Ley presentado ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación por el

Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, Expediente 2288-D-2006, bajo el título “Régimen legal del comercio electrónico”.

[8] Art. 5 del proyecto de ley citado ut supra.

[9] Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Tercero “Derechos Personales”, Título 3 “Contratos de Consumo”, Capítulo 3 “Modalidades Especiales”

[10] Ley 25.506 de “Firma Digital”, Sancionada el 14 de Noviembre de 2001.

[11] Art. 5 de la ley 25.506 “Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

[12] Art. 5 de la ley 25.506 “Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

[13] Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999

[14] Ley de Servicios de la Sociedad de Información de España - Ley 34/2002

[15] Ricardo L. Lorenzetti, “comercio electrónico” edit. Abeledo- Perrot 2001, Págs. 21/22

Fuente: Publicación: Revista Argentina de Derecho

Comercial y de los Negocios

Número 13 - Agosto 2015

Fecha: 27-08-2015 Cita: IJ-LXXXI-313