

# **MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS**

*Conferencia pronunciada  
por el Académico Titular Dr. Marcelo Urbano Salerno  
en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,  
en la sesión plenaria del día 25 de agosto de 2008*



¿Puede haber alguna categoría de “pacto” que prescindiera de la voluntad de las partes? Fuera de los deberes legales, ¿es factible una obligación sin que el obligado la asuma voluntariamente? ¿La robótica y la electrónica destruyeron al contrato de su reinado soberano?

Esos interrogantes se suscitan a menudo ante la realidad comercial de nuestro tiempo, que pareciera afectar la solidez de los principios. A esta altura de la civilización, donde el mercado virtual opera en gran volumen, deviene necesario responder a dichos interrogantes para reafirmar la validez de los conceptos científicos. Recordemos que el efecto vinculante del consentimiento se alimenta con la energía de la voluntad humana, la cual permanece incólume ante los desafíos de la moderna tecnología.

**Analizaré si subsiste la manifestación de la voluntad en los contratos celebrados mediante la vía electrónica.** Los nuevos instrumentos que se utilizan para contratar en nuestra época, deben insertarse en la teoría general elaborada en torno a los negocios. Teoría plasmada por la codificación surgida a comienzos del siglo XIX sobre la base de una acción explícita, la cual implica el obrar consciente.

Este análisis supone partir de una premisa: la voluntad es un elemento esencial del acto jurídico, así como el consentimiento –integrado por una oferta y su aceptación– lo es en el contrato. Admite diversas formas de manifestarse: positiva o tácita. Incluso a veces requiere cierta solemnidad. Hasta el silencio llega en algunos casos a tener poder jurígeno<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Se considera que el silencio es una manifestación de voluntad cuando la ley impone explicar algún hecho o acto (art. 919 Código Civil), teniendo aplicación por ejemplo en punto al mandato (arts. 1874, 1876 y 1935 Código Civil); Benjamín Pérez y Benjamín Pérez Ruiz, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Edit. Virtudes, 2002, pág. 465, a propósito del silencio estiman que “la pretensión de ciertas empresas comerciales o financieras, de vincular forzosamente a desprevenidos y silentes destinatarios con sus ofertas, es ilegítima...”. Véase, art. 35 ley 24.240, según el cual el consumidor no puede ser obligado a manifestarse por la negativa para que no se genere un cargo automático en cualquier sistema de débito.

La expresión de la voluntad es susceptible de ser escrita o verbal, en la primera hipótesis con los trazos manuscritos de una rúbrica. En ocasiones se manifiesta con signos, gestos y hechos. Bastará con empuñar la palabra para sellar un acuerdo, acaso un simple intercambio epistolar –relación a distancia y entre ausentes–, o bien suscribir un documento que contenga las cláusulas básicas para dar mayor seguridad a la relación establecida. No hay duda, pues, que resulta imprescindible tomar en cuenta esa declaración, sujeta al principio de libertad de formas, aunque ésta reconoce numerosas variables en función de la naturaleza de cada pacto y la diversidad de regímenes de contratación. Nada obsta a que los mensajes transmitidos por correo electrónico se utilicen para celebrar acuerdos relativos a prestaciones exigibles, dado que implican manifestaciones de la voluntad.

El papel es el soporte usual de toda operación, debiendo ser legible mediante adecuada caligrafía, la cual fue reemplazada por la escritura mecánica de la máquina de escribir (dactilografía), salvo para los testamentos ológrafos. Hoy día la operación tiene asiento electrónico que se conserva archivado en un disco rígido y puede ser impresa en papel.

Como se puede apreciar, el cuadro descripto ofrece múltiples figuras, dentro de un marco acotado por el “favor debitoris”, según el cual en caso de duda nadie se reputa obligado a efectuar una prestación.

Todas esas manifestaciones generan contratos, mientras obedezcan a expresiones volitivas de personas capaces formuladas con discernimiento, intención y libertad. Son presupuestos que hacen a la seriedad de los negocios, exentos de los vicios de error, dolo o violencia, figuras consagradas para resguardar la buena fe. Esas nociones reconocen un fundamento filosófico y encuentran explicación a través de la psicología.

El enfoque filosófico del tema permite observarlo desde un plano superior. Esa labor de investigación le correspondió entre otros pensadores a Paul Ricouer (1913-2005), quien sostuvo una tesis en torno a la fenomenología de lo voluntario y de lo involuntario, a partir de la intencionalidad, dando pie al análisis de las operaciones en la conciencia. A lo largo de su fecunda vida, prosiguió indagando este asunto para concluir que la “voluntad se define primero por su intención..., la acción por su realización... y su manifestación pública”<sup>2</sup>. De

<sup>2</sup> Paul Ricouer, *Autobiografía intelectual*, Buenos Aires, Edit. Nueva Visión, 2007, pág. 54.

manera que la filosofía moderna abordó estas cuestiones que hacen a la contratación, dándole un vuelo metafísico.

– II –

Según la doctrina clásica que explica la fuente más copiosa de las obligaciones, al decir de Risolía (1911-1994)<sup>3</sup>, la persona elabora en el interior de su psiquis el acto volitivo en miras a una finalidad, haciéndolo trascender del modo previsto por la ley. El acto interno debe exteriorizarse libremente, ser espontáneo. A veces la manifestación no coincide con el deseo elaborado en el fuero íntimo, pero el intérprete se atiene a lo declarado. La persona queda comprometida plenamente en la medida que esa manifestación tenga eficacia jurídica.

Al comienzo del movimiento codificador, las normas solo tomaron en cuenta la conducta del hombre, sin establecer un régimen específico para las personas de existencia ideal. De manera que los actos jurídicos presuponen que la voluntad in abstracto es un atributo del ser humano. La acción siempre queda circunscripta al obrar individual.

Valga recordar que el Código Francés de 1804 dedicó unas pocas disposiciones al tema, pese a ser el paradigma del consensualismo inspirado en Domat (1625-1696)<sup>4</sup>. Se basó en el famoso aserto de Pórtalis (1745-1807), para quien el derecho es la voluntad. No legisló en materia de personas jurídicas, ni de su aptitud para adquirir

<sup>3</sup> Marco Aurelio Risolía, explicación que daba en las aulas universitarias de grado. En la tesis universitaria de ese jurista, presentada en el año 1945, se encuentra el desarrollo del tema sobre la voluntad jurídica en los contratos, véase *Soberanía y crisis del contrato*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 2ª edic., 1958, págs. 37 y ss. Federico Videla Escalada, “Los elementos esenciales de los contratos en el pensamiento de Marco Aurelio Risolía”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Homenaje a Marco Aurelio Risolía. Contratos*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1997, pág. 298, destaca que el punto de partida de Risolía “fue la consideración de la voluntad, definitoria de la persona humana y estrechamente vinculada con su libertad”.

<sup>4</sup> Philippe Jestaz y Christophe Jamin, *La doctrine*, París, Edit. Dalloz, 2004, pág. 63. El Código Civil francés dispuso que el contrato se perfecciona con el consentimiento de la parte que se obliga (art. 1108); no obstante ello, y pese a prescindir del contrato real como categoría autónoma, el cual se perfecciona con la entrega de la cosa que se deberá restituir, los autores reconocen la existencia de esta última categoría, como ser Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, París, edit. LGDJ, 1980, n<sup>os</sup>. 337 y ss., págs. 261 y ss.

derechos y contraer obligaciones. El sistema quedó incompleto, pese a que el Código de Comercio francés de 1806 reconoció personería a las sociedades anónimas, la cual se hizo extensiva a las sociedades colectivas y en comandita, cuanto a las civiles que adoptasen forma mercantil.

Tiempo después se advirtió la necesidad de declarar personas jurídicas a ciertas entidades autorizadas por el Estado, basándose en una ficción que Savigny (1779-1861) sustentó como premisa científica. Recordamos en ese sentido a los Códigos Civiles de Austria (1811) y de Italia (1865), como así también alguna de las fuentes tenidas a la vista por Vélez Sarsfield, a saber: el Proyecto para España de 1851 que redactó una Comisión dirigida por Florencio García Goyena, el Código Civil de Chile de 1855 y el “Esbozo” para Brasil redactado por Freitas de 1859. De todos los antecedentes mencionados rescato el concepto que estampó Andrés Bello (1781-1865) en el Código chileno, el cual dice: “La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación”.

Resulta llamativo que el Código de Comercio argentino de 1862 – antes del Estado de Buenos Aires– guardó silencio respecto de la personería de las sociedades mercantiles. Recién el Código Civil, escrito por Vélez Sársfield trató sobre esta especie de personas, pero lo hizo como otros cuerpos legales de la época, ateniéndose al criterio de la voluntad individual; a fin de personificar la idea –como decía Freitas<sup>5</sup>– la dotó de una representación legal para actuar (arts. 36/37 y 1870 inc. 3º). De ese modo prescindió del grupo y de los miembros que lo componen.

Con el objeto de brindar certeza a las declaraciones de voluntad de las personas jurídicas de carácter privado, fue necesario contemplar cada uno de los tipos reconocidos por el ordenamiento. Parece oportuno mencionar el régimen de las sociedades anónimas instaurado por la ley y reglado por sus estatutos, cuya capacidad está restringida en función de su objeto. El patrimonio es administrado por un directorio pluripersonal, el cual adopta las decisiones por mayoría de los directores, en cuanto a la gestión y representación. La asamblea es el órgano societario con mayor poder, en la cual participan los socios quienes, en una sesión convocada al efecto, emiten su

<sup>5</sup> A. T. de Freitas, *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1909, tomo I, nota al art. 272 pág. 151 y nota al art. 276 pág. 155. Julio C. Otaegui, “La sociedad desde la ley 15 hasta el proyecto de 1998 sobre Código Civil unificado con el Código de Comercio”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, obra publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, tomo IV, pág. 86.

voto por mayoría reglamentaria sobre los puntos sometidos a su consideración<sup>6</sup>. En última instancia, pues, la asamblea es la que expresa la voluntad del ente conforme las votaciones realizadas en su seno; es un acto colectivo unitario, para el cual rigen las normas del “*ius commune*” precedentemente expuestas. En la actualidad también se admite que las sociedades sean titulares de firma electrónicas y digitales a fin de suscribir documentos con terceros, donde la rúbrica es una mera secuencia de datos electrónicos.

Una ligera aproximación a la psicología permite sostener que los Códigos del siglo XIX no se sustentaban en esa disciplina como ciencia autónoma, pues hasta entonces correspondía a la medicina el estudio de la vida psíquica<sup>7</sup>. Los cuerpos legales de esa época se hallan imbuidos de antiguas creencias en torno a la razón y al sano juicio, sin entrar a considerar los estudios emprendidos en ese siglo por destacados científicos, como Herman Lotze (1817-1881) en Alemania, Theodule-Armand Ribot (1839-1916) en Francia, y Herbert Spencer (1820-1903) en Gran Bretaña<sup>8</sup>. El criterio seguido se ceñía a lo estrictamente jurídico, tomando en cuenta el hombre común dotado de un cociente medio de inteligencia, criterio que se refleja en materia testamentaria. Es una aplicación de la igualdad ante la ley como principio rector, el cual admite excepciones en ciertos casos<sup>9</sup>.

Algunos humanistas asumieron la trascendencia de esos aportes, tal es el caso de Teixeira de Freitas (1810-1883), para quien la psicología analiza las facultades del alma<sup>10</sup>. Sin embargo, Vélez Sársfield (1800-1875) mantuvo el esquema clásico pese a la lectura de escritores contemporáneos como John Stuart Mill (1806-1873), autor que examinó la química mental<sup>11</sup>. Todavía el derecho no se adecuaba

<sup>6</sup> Mariano Gagliardo, *Sociedades Anónimas*, prólogo de Héctor Cámara, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 2ª ed., 1998, n<sup>os</sup>: 173/177, págs. 229/234 y n<sup>o</sup> 197, pág. 253.

<sup>7</sup> Jorge A. Insúa, *Introducción a la psicología médica*, Buenos Aires, Edit. Columba, 1970, págs. 89 y 196 y ss.

<sup>8</sup> Wilhem Dilthey, *Historia de la Filosofía*, México, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1951, pág. 216.

<sup>9</sup> El vicio de la lesión subjetiva fue instituido con la reforma del Código Civil efectuada en el año 1968 por la ley 17.711, a fin de impedir que una persona sufriese las consecuencias disvaliosas causadas por razones de “necesidad, ligereza o inexperiencia” (art. 954).

<sup>10</sup> A. T. de Freitas, opus cit., tomo I, nota al art. 79, pág. 60.

<sup>11</sup> Abel Cháneton, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, Edit. Eudeba, 1969, págs. 78/79, era hijo de James Mill autor de los *Elementos de economía política*, obra traducida del inglés por Santiago Wilde que era utilizado como texto de estudio en la Universidad de Buenos Aires.

a las elaboraciones de la psicología, de modo que la volición interna no está prevista en las normas, como si fuese un elemento ajeno a la hermenéutica.

– III –

Cuando comenzó el proceso codificador en Alemania que culminó con la sanción del B.G.B. (“Bürgerliches Gezetzbuch”), el cual entró en vigor en el año 1900, la doctrina alemana no podía menos que reexaminar el carácter voluntario de los contratos<sup>12</sup>. Si bien el debate venía de antiguo planteado por la escuela del derecho natural racionalista –acaso bajo el influjo de Christian Wolf (1679-1754), quien destacó el factor psíquico<sup>13</sup>– y de la escuela pandectista, prevaleció la teoría de la declaración, la cual derivó en indagar la “voluntad real sin atenerse al sentido literal de las palabras” (art. 133). El B.G.B. adecuó la manifestación externa del acto volitivo a la teoría de la confianza recíproca basada en la ética, considerándose que dio un paso adelante sobre el Código Napoleón, perfeccionando su técnica legislativa.

Correspondió a Raymond Saleilles (1855-1912), profesor en París desde 1898, estudiar en profundidad los aportes de la novísima codificación alemana, dado que postuló modificar la metodología francesa y comparar los sistemas de ambas culturas jurídicas. Conocedor de la ciencia pandectística, produjo una obra de gran valía sobre el tema –publicada en el año 1901<sup>14</sup>– donde desarrolló su pensamiento que, de algún modo, todavía preside las especulaciones a efectuar cuando se lo aborda. Sostuvo que el B.G.B. sentó el principio de la voluntad unilateral para obligarse, sin estar condicionada por la aceptación de la oferta, ya que la sola *policitatio* sería vinculante.

Entendió que no es necesario dar a conocer la volición interna, pues una propuesta es válida a partir del instante en que un acto

<sup>12</sup> Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, Edit. Aguiar, 1957, págs. 461 y ss.

<sup>13</sup> Jorge A. Insúa, *opus cit.*, pág. 128. Franz Wieacker, *op. cit.*, págs. 280 y ss.

<sup>14</sup> Raymond Saleilles, *De la declaration de la volonté*, nueva edición, Paris, 1929; en el prólogo, el autor reconoce la influencia ejercida por las sesiones del Congreso de Derecho Comparado que se celebró el año 1900 en París; Enrique Martínez Paz, *Introducción al Derecho Civil Comparado*, edición de homenaje del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1960, pág. 83, libro redactado en 1948 y según su autor, Saleilles fue el “jurista francés más prestigioso de los últimos tiempos”.

exterior se emite para hacerla llegar al destinatario, quien entonces se halla en situación de apropiarse de esa declaración y aceptarla. Por ello, el contrato queda celebrado a partir del día que coincidieron ambas voluntades a la que denominó voluntad contractual. En suma, el nombrado jurista francés afirmó que existe un procedimiento legal de adaptación de las voluntades individuales para satisfacer los intereses comunes de ambas partes.

Saleilles también observó que en su época ya existían supuestos donde el consentimiento se expresaba mediante adhesión, si las cláusulas contractuales habían sido preestablecidas en forma unilateral por una de las partes (v. g. el transporte). Tarde o temprano, sería bueno que el derecho se incline ante los matices que palpitan en la realidad social, afirmó este precursor de Géný (1861-1901)<sup>15</sup>.

Desde que surgieron las máquinas inventadas para agilizar la contratación masiva, propia de la sociedad de consumo, el esquema que acabo de exponer pareció devenir obsoleto frente a los nuevos fenómenos producidos por las técnicas de avanzada. La ciencia jurídica intenta responder a dichos fenómenos, conforme la teoría de que el orden legal es autosuficiente, donde nada se halla excluido, ni ha sido marginado. El “*ius commune*” tiene una estructura flexible dotada de plasticidad apta para regular hechos novedosos, como los descritos.

Vivimos en un mundo deslumbrado por la cibernética cuyo descubridor fue el científico norteamericano Norbert Weiner (1894-1964)<sup>16</sup>. Las máquinas automáticas expendedoras y los instrumentos electrónicos inundan los mercados. Hasta los gobiernos democráticos adoptan la votación electrónica. Sin bien esa tecnología parece deshumanizar las relaciones patrimoniales, aún se mantiene en pie la creencia de que el hombre no transmutó su naturaleza en un robot, como hace décadas tuvo la premonitoria intuición el célebre escritor checo Karel Capek (1890-1938) cuando denunció la esclavitud del obrero sujeto al trabajo mecanizado.

Anteriormente los inventos que hicieron posible mejorar las comunicaciones, lograron amoldarse al sistema. El Código Civil argentino, al ocuparse de la celebración de un contrato entre ausentes, dispone que la voluntad se manifieste “por medio de agen-

<sup>15</sup> François Geny, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914.

<sup>16</sup> Marcelo Urbano Salerno, “La obligación en su devenir histórico”, en *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, n° XV, abril 1985, pág. 23.

tes o correspondencia epistolar” (art. 1147). A la época de redactar dicho Código ya existía el correo postal (año 1858) que desplazó a las mensajerías, y se habían instalado líneas de telégrafos (año 1860); los primeros teléfonos comenzaron a funcionar en 1880. La norma citada no menciona a ninguno de estos adelantos tecnológicos, los cuales se hallan ínsitos en ese genérico enunciado, suficientemente abarcador.

Diríase que en estas circunstancias pudo haber sido afectado uno de los fundamentos del contrato, el cual es una ley privada como dijo Toullier (1752-1835)<sup>17</sup>. Sin embargo, el tema merece un examen más profundo que permita apreciar hasta donde llegan esas prácticas usuales y si, en verdad, algo cambió a nivel de una de las más grandes creaciones jurídicas.

No hay que dejarse impresionar por cuanto artefacto dotado de inteligencia artificial se implemente para satisfacer las necesidades del tráfico económico. La computadora ha sido uno de los mayores hallazgos de nuestra época, posibilitando suplantar funciones humanas de información, decisión y detección. Existe una similitud lógica entre el hombre y esa máquina, que permite relacionar sus elementos con las neuronas del cerebro, pero carece del poder de iniciativa y necesariamente debe ser accionada por el hombre.

La cuestión principal estriba en ubicar dentro del ordenamiento a las nuevas modalidades que presenta la oferta masiva de productos y servicios en la “World Wide Web”, sin afectar el pensamiento, las instituciones, las figuras, los conceptos y los principios elaborados por la ciencia. El “marketing” o mercadotecnia exige una ágil adaptación de los instrumentos jurídicos para satisfacer los requerimientos de las empresas, las cuales son las que movilizan a la economía<sup>18</sup>. Una cooperación eficaz para alcanzar sus objetivos proviene de fórmulas convencionales que representan el derecho vital, ante el pretendido inmovilismo del sistema. Así sucedió con la informática que en sus comienzos fue una actividad autorregulada por los usuarios de las redes de Internet para el intercambio. Su aumento cuantitativo instó a encuadrarla en un marco legal a fin de garantizar su transparencia. Los operadores de las computadoras entran en la categoría de ausentes, mientras que el consentimiento exige mayores previsiones para dotar de certeza al tráfico por vía electrónica.

<sup>17</sup> Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, París, 1830-1834, 5ª ed.; fue profesor en Rennes.

<sup>18</sup> Marcelo Urbano Salerno, *El derecho de la empresa en el siglo XXI: obligaciones y contratos*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 2005, pág. 103.

De a poco, los Estados hubieron de contemplar los problemas inherentes al mercado virtual que opera en el espacio cibernético respecto de numerosos bienes.

El primero de los problemas fue la creación de la moneda digital, una de cuyas especies es el dinero plástico relativo a las tarjetas de crédito y de débito que permiten efectuar compras y pagar el precio del bien adquirido sin hacer uso de efectivo<sup>19</sup>. En sus inicios, el libre arbitrio de las partes contratantes satisfizo mínimos requerimientos en esas operaciones, pero luego fue necesario colmar las lagunas emergentes, aunque no fue necesario crear un microsistema. Más tarde surgieron otros problemas con motivo de la prueba de los contratos, la identificación de los sujetos y en torno al objeto de los negocios<sup>20</sup>.

Gradualmente, los países miembros de la Comunidad Económica Europea siguieron una tendencia uniforme para sancionar estatutos en materia de defensa del consumidor, sobre las condiciones generales de la contratación, la firma digital y, por último, respecto de los contratos electrónicos. Esa tendencia acompañó al desarrollo económico que fluye dinámicamente en este ciclo histórico de la civilización.

Los modernos mecanismos de contratación posibilitan acceder a otros mercados o persiguen disminuir los costos, incentivan la distribución de bienes y servicios, aceleran y simplifican los negocios, en especial allende las fronteras, permiten actuar fuera del horario de atención al público...<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Horacio Fernández Delpech, *Internet: su problemática jurídica*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 2004, págs. 379 y ss. Ana I. Piaggi, "El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios", *La Ley*, 1999-E-1186. Ley 25.065, sobre tarjetas de crédito: establece un número interno de inscripción (art. 5), trata el perfeccionamiento de la operación (art. 8) y regula las terminales electrónicas (art. 35). La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) autorizó la emisión de facturas electrónicas mediante un facturado "on line" gratuito.

<sup>20</sup> Emiliano Lamanna Guiñazú, "Comercio electrónico y relaciones de consumo", diario *El Derecho* del 11 de diciembre de 2007. Bertrand Fages, "Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Landó", en *Recueil Dalloz*, 2003, n° 35, págs. 2386/2390. Isabelle de Lamberterie, "La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la C.E.E.", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, julio-septiembre 1992, págs. 641/685. La identificación de las partes contratantes resulta fundamental, dado que podrían operar electrónicamente personas incapaces.

<sup>21</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, "Comercio electrónico y defensa del consumidor", *La Ley* 2000-D-pág. 1006. Véase además Ricardo Luis Lorenzetti, *Comercio electróni-*

Entre los mecanismos que operan masivamente: se destaca la informática, ya sea “off line” –si es a distancia– y “on line” realizada por personas consideradas presentes; el correo electrónico es una comunicación diferida en el tiempo. Esas herramientas utilizadas para celebrar contratos, además de otras funciones que cumple en la práctica, fue objeto de estudios científicos, tales como los realizados desde el año 1968 por el “Institut de Recherches et d’Études pour le Traitement de l’Information Juridique de Montpellier” en Francia, cuyo fundador fue el profesor Pierre Catalá quien visitó en varias oportunidades nuestro país para disertar sobre temas relacionados entre el derecho y la informática.

Ceñiré esta exposición a las reglamentaciones dadas por Francia y España en materia de tráfico electrónico, conforme directivas del Consejo de la Comunidad Económica Europea a partir del año 1997 para las relaciones a distancia, y a comienzos del siglo XXI sobre comercio electrónico (DCE) aplicable a los servicios de la sociedad de la información en todo el mercado interior.

El Código Civil francés incorporó un nuevo capítulo cuyo título es “**Contratos bajo forma electrónica**”, el cual comprende la ley 2004/575 y la ordenanza 2005/674; además, Francia sancionó la ley 2000/203 sobre forma electrónica y rúbrica digital proyectada por Pierre Catalá<sup>22</sup>. A su vez, España cuenta desde el año 1999 con un Real Decreto sobre firma electrónica (14/1999) y desde el año 2002

---

co, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 2001. Debe tenerse en cuenta que la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías aprobada en el año 1980 y ratificada por la Argentina el año 1983 (ley 22.765) solo se refiere al contrato celebrado por escrito dando este carácter al telegrama y al telex (art. 13). Dicha convención establece como principio la informalidad, dejando librado a la autonomía de las partes la forma que consideran más conveniente (lo cual admite que el contrato sea celebrado vía electrónica); también permite cualquier medio de prueba, incluso la testimonial (art. 11).

<sup>22</sup> En el Código Francés vigente son los apartados 1 a 11 del art. 1369. El “Centre de Documentation Juridique de l’Ouest”, dirigido por Henri Daniel Cosnard, profesor de la Universidad de Rennes, organizó en el ciclo lectivo 1984-1985 un seminario sobre “Informática y Derecho”. El 94<sup>avo</sup> Congreso de Escribanos de Francia, reunido en la ciudad de Lyon en el mes de mayo de 1998, debatió los temas sobre la formación del contrato y la firma digital, *Les Petites Affiches*, n° 54, del 6 de mayo de 1998. La “Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française” realizó el año 2000 en la ciudad de Toulouse una Jornada Nacional, cuyas actas fueron publicadas en *Le contrat électronique*, París, Edit. Panthéon-Assas, 2002. En España, véase *Revista de Contratación Electrónica*, RCE, Cádiz, cuyo primer número se publicó en el año 2000; el consejo de Redacción es presidido por el catedrático Rafael Illescas Ortiz.

con un estatuto sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (ley 34/2002).

El cuadro de los negocios contemplado por dicha normativa tiene por referente a la comunicación comercial, vale decir, una relación informática entre personas, sean humanas o jurídicas, la cual abre un procedimiento de contratación sobre la base de una propuesta emanada de un profesional, sometida a las condiciones generales. El operador en la red abierta está obligado a identificarse mediante claves asimétricas (una privada y la otra pública) según el "Data Encryption System" (D.E.S.), a suministrar toda la información y enunciar precios transparentes.

Los datos brindados deben ser completos y estar disponibles, tanto para celebrar un convenio, cuanto para ejecutarlo. La oferta tiene que contener como mínimo una descripción de los trámites a cumplir, los medios técnicos para detectar posibles errores y las modalidades de archivo. Esa oferta debe ser firme, completa y precisa, pues, de lo contrario, será reputada una simple invitación. Sirve para operaciones diversas, sobre adquisición de bienes muebles no registrables, títulos, valores, pasajes de avión, servicios bancarios y financieros, seguros, etc.; pronto se aplicará a la compraventa de inmuebles. Respecto del objeto siempre habrá de tener en cuenta los requisitos generales y la naturaleza consensual del vínculo<sup>23</sup>.

Quien sea el destinatario de la comunicación debe haberla solicitado al profesional o autorizar su recepción previamente, a menos que ya existiese una relación similar; antes de manifestar su aceptación tiene la posibilidad de verificar el detalle del pedido, el monto total del precio y corregir eventuales errores. Una vez enviada la aceptación, el oferente debe inmediatamente acusar haberla recibido, vale decir, confirmar la celebración del acuerdo a fin de que éste tenga fuerza vinculante<sup>24</sup>. Además, tiene la facultad excepcional de revocarla en determinadas circunstancias.

Con la descripción antecedente se advierte que no se pierde de vista el elemento voluntario, ni el consentimiento, como es obvio. La

<sup>23</sup> A partir de la idea que los contratos reales se perfeccionan con la entrega de la cosa, éstos serían un obstáculo para la contratación electrónica, salvo cuando la entrega sea de dinero (v. gr. depósito) gracias a la moneda digital.

<sup>24</sup> Philippe Stoffel Munck, "La réforme des contrats de commerce électronique", en *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 38 del 16 de septiembre de 2004, págs. 1428/1439; sin embargo, en la República Argentina falta una norma expresa en ese sentido, lo cual remite a la solución del Código Civil sobre contratos a distancia, como lo advierte Fernando Gago, "Contrato en Internet: legislación nacional", *La Ley* 2000-A-902/907.

idea central reside en la voluntad de las partes, garantizada por la ley a través de ese trámite a distancia, para establecer al instante en que la oferta será fecundada por su aceptación. Carecen de razonabilidad las opiniones que afirman la existencia de meras relaciones económicas entre las máquinas, prescindiendo de las personas que las activan; la cosificación es incompatible con el derecho en su esencia.

Triunfó la tesis de confirmar la recepción de dicha aceptación, superando la polémica decimonónica sobre los contratos entre ausentes y la virtualidad de la emisión o expedición por el aceptante<sup>25</sup>. La formación del contrato –que el Código Napoleón omitió legislar<sup>26</sup>– se encuentra asegurada a través de ese mecanismo de ratificación una vez que haya ingresado a la computadora del destinatario<sup>27</sup>.

Lejos de atomizarse el contrato, éste se afianza como medio indispensable para realizar operaciones en el mercado<sup>28</sup>. El legislador argentino no avanzó sobre el tema después de sancionar en el año 2001 la ley de firma digital y firma electrónica (ley 25.506)<sup>29</sup>, habiendo desperdiciado la oportunidad que le daba la última y reciente reforma a la ley de defensa del consumidor (ley 26.361)<sup>30</sup>. Hay una tarea pendiente.

Nuestro país mantiene la arquitectura original del Código Civil, sin introducir innovaciones que podrían afectar la confianza y la se-

<sup>25</sup> Marcelo Urbano Salerno, *Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Edit. EDUCA, 2007, págs. 104/106.

<sup>26</sup> Claude Witz, "L'influence des codifications nouvelles sur le Code Civil de demain", en *Le Code Civil. 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, París, Edit. Dalloz – Lexis Nexis – Lite, 2004, pág. 700. De ahí que se prevén incluir en un futuro normas específicas sobre la formación del contrato, en "Avant-Projet de Reforme du Droit des Obligations", del 22 de septiembre de 2005. Claude Witz, "La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la reforme du droit des obligations", *Recueil Dalloz*, año 2002, n° 42, págs. 3156/3161.

<sup>27</sup> José Fernando Márquez y Luis Moisset de Espanés, "La formación del consentimiento en la contratación electrónica", *La Ley* 2004-F-1183 y ss.; los autores también se refieren a la ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico;

<sup>28</sup> Loïc Cadiet, "Interrogation sur le droit contemporain des contrats", en Faculté des Sciences Juridiques de Rennes, *Le droit contemporain des contrats*, París, Edit. Economica, 1987, págs. 7/35; dicho autor recuerda que Jean Carbonnier definió al contrato como uno de los pilares del derecho.

<sup>29</sup> Esta ley fue reglamentada por los decretos n° 2628/02 (trae como anexo un glosario de voces) y n° 724/06. Además, se han tipificado los delitos informáticos en la reciente ley 26.388, cuyo art. 1 define el sentido de las palabras utilizadas a ese efecto;

<sup>30</sup> La ley de Defensa del Consumidor menciona la contratación electrónica en algunas disposiciones (arts. 10 ter, 27 y 33, textos vigentes).

guridad jurídica; en ese sentido, es preferible tener cautela a fin de no trastocar las bases filosóficas y psicológicas de las relaciones patrimoniales que vinculan a las personas humanas y a las empresas. Por encima de todo, resulta indispensable apuntalar la buena fe y, por añadidura, combatir los vicios susceptibles de invalidar la voluntad.

Esa sociedad universal que alguna vez despertó utopías, pareciera ser el futuro que espera a la humanidad para el intercambio en una economía globalizada, donde la moderna tecnología va abriendo las puertas hacia ese futuro.