



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY
MAESTRIA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL
CONTRACTUAL

**“EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO”**

Tesis final de Maestría en Derecho
Tutor Académico: Dra. Valeria Techera

MARIANA CASTRO VARELA
MONTEVIDEO

2021

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutora del trabajo presentado por la Dra. Esc. Mariana Castro Varela para optar al título de Magíster, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a su presentación y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

En la ciudad de Montevideo, a los 12 días del mes de Julio de 2021.

Tutora: Dra. Valeria Techera

AGRADECIMIENTOS

Si bien esta tesis ha requerido la dedicación y esfuerzo de la autora, no hubiese sido posible su finalización sin la colaboración de las personas que nombro a continuación.

En primer lugar, agradezco a **Dios**, que me acompaña en cada paso que doy y por estar presente en situaciones que, sin Él, no hubiese podido superar.

Agradezco al **Banco de Seguros del Estado**, por el apoyo en cada instancia de la Maestría y en la elaboración de la tesis, quien me brindó todos los recursos para llevar adelante el proceso de investigación.

A mi tutora, **Dra. Valeria Techera**, quien me dio las pautas necesarias en cada etapa de este proyecto hasta lograr el objetivo y muy especialmente a la **Dra. Soledad García** que fue de gran guía para elaborar este trabajo.

A la **Universidad Católica del Uruguay**, muy especialmente a los profesores **Carlos De Cores**, **Beatriz Venturini** y **Raúl Gamarra**, quienes siempre, sin excepciones, estuvieron para alentarme y guiarme.

A mi pareja, por el apoyo incondicional, el ánimo permanente y la paciencia.

Y un agradecimiento especial a mi hija **María Sofía**, que desde el vientre me alentaba para continuar en el estudio y aunque aún no entienda mis palabras, quiero que sepa que significó una gran motivación. Hoy, con pocos meses de vida y sin saberlo, fue el apoyo emocional necesario para lograr alcanzar el resultado que buscaba.

En general, quiero agradecer a mis amigos y familiares que me han alentado para alcanzar esta meta.

INDICE DE CONTENIDOS

1. SUMARIO	7
2. INTRODUCCIÓN	8
2.1 PLANTEO DEL TEMA	8
2.2 SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	8
3. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	10
4. METODOLOGÍA	12
5. EL CONTRATO EN NUESTRO DERECHO	13
6. EL CONTRATO ELECTRÓNICO	15
6.1 CONCEPTO	15
6.2 VENTAJAS Y DESVENTAJAS	18
6.2.1 Ventajas.....	18
6.2.2 Desventajas	18
6.3 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	18
6.3.1 Por su forma de ejecución	19
6.3.2 Por los sujetos que son parte	19
6.3.3 Por la forma de celebrarse	20
6.3.4 Por la emisión de las declaraciones	21
6.4 AUTONOMÍA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.....	24
6.5 DISTINCIÓN CON LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS	25
7. FORMACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO URUGUAYO. PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO	27
7.1 TRATATIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL URUGUAYO	28
7.2 NEGOCIOS Y ACUERDOS PREPARATORIOS	30
7.3 PROPUESTA U OFERTA	32
7.3.1 Caracteres de la Propuesta	33

7.3.2	Otras consideraciones en torno a los caracteres de la propuesta.	
	Consecuencia de la falta de alguno de los caracteres.	37
7.3.3	Ofertas a través de Internet ¿Oferta o invitación a ofertar?	40
7.3.4	Fuerza vinculante de la propuesta	41
7.3.5	Propuesta irrevocable	44
7.3.6	Actitudes del destinatario de la propuesta	44
7.4	ACEPTACIÓN	46
7.4.1	Revocación o retiro de la aceptación	47
7.5	CONSENTIMIENTO	49
7.5.1	Formación del consentimiento	51
8.	SISTEMAS QUE FIJAN EL MOMENTO Y LUGAR EN QUE EL CONTRATO QUEDA PERFECCIONADO	52
8.1	SISTEMA DE LA DECLARACIÓN	52
8.2	SISTEMA DE LA EXPEDICIÓN	52
8.3	SISTEMA DE LA RECEPCIÓN	53
8.4	SISTEMA DEL CONOCIMIENTO	55
9.	AVISO DE RECIBO	56
10.	MOMENTO EN EL QUE NACEN LAS OBLIGACIONES. FORMACIÓN INSTANTÁNEA Y PROGRESIVA DEL CONTRATO	61
10.1	¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO? ..	63
11.	CÓMO PUEDEN FORMARSE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS	72
11.1	POR E-MAIL	74
11.2	POR SITIOS WEB	77
11.3	POR VIA DE TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE DATOS: CONTRATO ENTRE COMPUTADORAS	78
11.4	POR SUBASTAS ELECTRÓNICAS	81
11.5	CONTRATOS PERFECCIONADOS EN TIEMPO REAL VÍA INTERNET	82

12. DERECHO COMPARADO	85
12.1 Argentina	85
12.2 España	86
12.3 Perú	87
12.4 México	87
12.5 Francia	87
13. NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN URUGUAY	88
14. CONCLUSIONES	90
15. BIBLIOGRAFIA	93

1. SUMARIO

El contenido del presente trabajo plantea un tema de interés y actualidad analizando el moderno fenómeno del contrato electrónico, específicamente se aborda la problemática del proceso de formación del consentimiento electrónico en Uruguay y en el Derecho Comparado, poniendo especial atención en etapas como la oferta, la aceptación y las distintas teorías respecto al momento del perfeccionamiento.

Palabras Clave: Contrato electrónico; Contrato telemático, formación del consentimiento; oferta; aceptación.

2. INTRODUCCIÓN

2.1 PLANTEO DEL TEMA

Los vertiginosos avances tecnológicos y la gran expansión de las redes comunicativas, han determinado una notoria mutabilidad del sistema de contratación a nivel mundial, fundamentalmente a raíz de la revolución en Internet, que pasó del “apretón de manos” a un “click” a través del contrato electrónico. De esta forma se eliminan las barreras de tiempo y distancia, haciendo que la contratación se produzca de manera más espontánea.

Esta nueva realidad en la contratación, plantea problemas que se proyectan en diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico: la validez y prueba de los contratos, la protección al consumidor, la legislación y jurisdicción aplicable, el momento de perfeccionamiento del mismo, el control desde el punto de vista fiscal, distribución de los riesgos.

Será importante el análisis de la reacción legislativa a nivel de derecho comparado tendiente a aggiornar la normativa vigente que regula las formas de contratación que podemos llamar “tradicionales”.¹ Se analizará hasta qué punto la normativa nacional puede acompañar las modernas formas de contratación electrónica y si se considera necesario o no una modificación legislativa; específicamente, cómo se aplica el régimen de propuesta y aceptación en la era del “click”, teniendo en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad que rige en nuestro derecho (consensualismo) permite este tipo de contratación.

Es la libertad contractual, como expresión de la autonomía de la voluntad, la que ha permitido el desarrollo del comercio electrónico. La excepción a la libertad de formas para expresar la declaración contractual, está dada cuando las partes o el legislador establecen una solemnidad para que el contrato pueda perfeccionarse, como sucede en nuestro derecho en el artículo 1664 del Código Civil que exige la escritura pública para que el consentimiento sea válido; de no respetarse la forma exigida no se perfecciona el contrato.

2.2 SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Las transacciones que se realizan en forma digital en el ámbito del comercio que, sin lugar a dudas ha alterado la estructura del mercado ofreciendo una nueva forma de contratar,

¹ El término “tradicional” – que es utilizado a lo largo del trabajo - hace referencia a las formas de contratación conocidas desde la época de sanción del Código Civil hasta la actualidad.

ha determinado que la sociedad actual reciba el nombre a nivel mundial como “*Sociedad de la Información*”.²

El eje central de la “*Sociedad de la Información*”³ está determinado por tres cambios tecnológicos:

- El uso de información en forma digital, esto es, “*la posibilidad técnica de transformar a un lenguaje común imágenes, sonidos, textos, software y, en general, todo tipo de información.*”
- El incremento de las redes electrónicas
- La creación de la telaraña mundial Word Wide Web (www) a través del cual se pueden combinar textos, imágenes y sonidos.

El contrato electrónico es un servicio de la Sociedad de la Información que requiere la utilización de internet y forma parte del comercio electrónico.

Si bien a nivel internacional no existen criterios unificados para la aplicación de una normativa vigente en esta materia, en Europa se establecen Directivas, que son disposiciones normativas que rigen para los Estados que componen la Unión Europea. Es así que la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo sobre comercio electrónico trata temas relacionados a los avances de la tecnología y tiene como finalidad evitar la existencia de obstáculos en el mercado interno, proponiendo la incorporación de normas que acepten y no dificulten la contratación electrónica.

Tanto en la Directiva Europea que viene de señalarse como en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), N° 34/2002 del 11 de julio de 2002 (ley a través de la cual se incorpora al ordenamiento legislativo de España dicha Directiva), definen los servicios de la Sociedad de la Información como aquél que se presta a distancia, por vía electrónica, en forma onerosa y a petición individual del destinatario.

En el ámbito del MERCOSUR no existen normas referentes a contratación electrónica, sólo hay algunas resoluciones que se vinculan a los avances tecnológicos, como el derecho de información en las transacciones realizadas a través de internet, firma electrónica o referente a la eficacia de un documento electrónico.

² Viega Rodríguez, María José explica que la terminología “Sociedad de la Información” comenzó a utilizarse en Japón en la década del 70, divulgada por Yoneji Masuda en una obra publicada en 1968. Derecho Informático e Informática Jurídica I, Montevideo, FCU, 1° Edición, 2017, pág. 9.

³ Segarra, María Serrano. La formación del contrato electrónico. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de ELCHE – Volumen I, Número 1, Julio 2006, págs. 302-3015. Recuperado de: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/01-tl-04.pdf> donde cita a Gómez Segade, José Antonio. Comercio electrónico en Internet. Madrid, Marcial Pons, 2001. Consulta del 28/11/2020.

3. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El área de investigación se ubica en el tema de la contratación electrónica, siendo su objeto específico estudiar el **proceso de formación del consentimiento**, es decir, las fases de formación del contrato electrónico, determinar cuándo se entiende perfeccionado, analizando los aspectos concretos de la propuesta y la aceptación en las diversas modalidades de contratación electrónica (vgr. online, por mail), así como la posibilidad y momentos de la revocación.

La modalidad de contratación electrónica puede aplicarse tanto a la contratación con el Estado como a la contratación entre particulares. En este trabajo, se estudiarán éstos últimos ya que constituyen objeto de estudio del derecho privado.

En el presente trabajo, se analizarán las etapas en la formación del consentimiento de los contratos consensuales, de consumo y paritarios. No se analizará la aplicación del contrato electrónico en los contratos solemnes ni en los contratos reales.

La finalidad de la investigación consiste en responder las siguientes interrogantes:

- ¿Cuáles son las fases de formación del contrato electrónico? Analizar coincidencias o divergencias con las fases de la contratación que llamaré “tradicional”.
- ¿En qué momento queda perfeccionado el contrato electrónico?
- En las propuestas por mail, ¿basta con que el mail llegue efectivamente – es decir, que sea almacenado en el servidor - o será necesaria la lectura, es decir el conocimiento efectivo por parte del receptor?;
- ¿Cómo es el proceso de formación del consentimiento cuando la contratación es por medio de aplicaciones o redes sociales?;
- ¿El contrato electrónico es un contrato entre presentes o ausentes?

Respondidas éstas interrogantes, el objetivo general de la investigación apunta a analizar:

- ¿Hasta qué punto la era digital cambia la contratación “tradicional” y cómo desafía la adaptación del derecho contractual vigente en nuestro país?;
- ¿Cuál ha sido la respuesta de la legislación del derecho comparado?
- ¿Es necesario un cambio legislativo en nuestro país? Es decir, una vez definido el proceso de formación del contrato en Uruguay y una vez estudiado el *iter constitutivo* del contrato electrónico, será necesario determinar si la regulación en nuestro derecho es suficiente para ser aplicada al proceso de formación del consentimiento en la contratación electrónica o no.

Se estudiará la existencia de normativa nacional y se hará una recopilación de la normativa extranjera que haga referencia a este nuevo sistema de contratación, para luego analizar desde la definición de contrato y sus tipos, conceptualización de los tipos

tecnológicos, las fases constitutivas de la formación del consentimiento como requisito de validez del mismo, la posición del consumidor frente al nuevo paradigma, sus ventajas y desventajas.

El objeto de estudio está delimitado al proceso de formación del consentimiento electrónico y por tanto se excluye, a modo de ejemplo:

- La legislación y jurisdicción aplicable del contrato internacional. Internet no tiene barreras, por lo que la contratación puede incidir en la aplicación de legislación internacional, lo que podría redundar en una desventaja con normas proteccionistas en cada derecho nacional.

- Su objeto o causa

- La modalidad de firma digital o electrónica o firma electrónica avanzada.

El presente trabajo apunta específicamente al estudio del **proceso** de formación del consentimiento electrónico, considerando las etapas que lo forman y no al análisis de cómo se instrumenta. La firma digital, estrictamente, no se identifica con el consentimiento electrónico, sino como un medio de prueba de la identidad de las partes y de la autenticidad del contrato.

- Identificación de los usuarios, contrato con incapaces, presunciones legales de autenticidad. En este sentido, enseña NOBLÍA: *“En cuanto a la identificación del usuario existen dificultades debido a la inseguridad de los instrumentos técnicos: las tarjetas magnéticas al portador, pueden ser utilizadas para persona distinta del titular, las claves magnéticas pueden ser reproducidas, el número de código puede ser utilizado por otra persona, igual que la palabra de orden; el timbre de voz se está utilizando combinado con otro sistema de identificación, usando palabras o frases que se cambian de tanto en tanto, la impresión digital transmitida a través del computador o el reconocimiento y memorización de la firma del usuario a través del ordenador. La conclusión es que el uso combinado de estos sistemas puede otorgar un grado de certeza en el control de la identidad del emisor del mensaje, mayor que la que da la firma autógrafa.”*⁴

- El documento electrónico

- Responsabilidad

- Los Vicios del consentimiento.

- Prueba de la identidad del emisor de la declaración de voluntad.

- Riesgos de la frustración del mensaje no recibido.

- Lugar de celebración del contrato

⁴ Noblía, Aída. Obligaciones pactadas mediante medios informáticos. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Volumen 87, N° 1-6, enero-junio 2001, pág. 72.

4. METODOLOGIA

Primariamente se realizará un estudio de los conceptos normativos y doctrinarios que rigen en nuestro derecho para la contratación tradicional.

En segundo lugar, se analizará la contratación electrónica, conceptualizándola, definiendo sus caracteres, sus etapas en el proceso de formación para, posteriormente, determinar la suficiencia o no de la legislación actual para su aplicación.

Se procederá al análisis comparativo con otros sistemas jurídicos a los efectos de identificar similitudes y diferencias.

5. EL CONTRATO EN NUESTRO DERECHO

La legislación actual en nuestro país regula el proceso de formación del consentimiento del contrato tradicional. Como se indicó ut supra, como objetivo general me planteo determinar si éste régimen puede aplicarse a los contratos electrónicos o si, considerado insuficiente, requiere de una modernización legislativa. Para que el contrato pueda perfeccionarse válidamente, el artículo 1261 enumera los requisitos indispensables para su formación, estableciéndose en primer lugar al consentimiento, seguido de la capacidad, objeto y causa, “*sin perjuicio de la solemnidad requerida por la ley en ciertos contratos*”. Las fuentes del artículo 1261 son el proyecto de García Goyena y el Código Civil francés.⁵ A continuación se articula en referencia a la propuesta y la aceptación. Por otra parte, en la Ley de Relaciones de Consumo, Ley Nº 17.250, que tiene su ámbito específico de aplicación, se determinan las características que debe contener la propuesta para que sea válida.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad y dentro de ciertos límites, el Código Civil reconoce a las partes la libertad de convenir la forma que estimen adecuada para exteriorizar su voluntad, así como la facultad de celebrar un contrato y determinar su contenido, aun cuando éste no se encuentre específicamente regulado por ley. En este último caso, estamos frente a lo que se denominan “contratos innominados”.

En nuestro derecho, CAFARO y CARNELLI, han sostenido que deben distinguirse los presupuestos de los elementos y de las circunstancias del contrato, manifestando que los presupuestos son la capacidad de obrar y el poder normativo negocial – entendido como el poder que confiere la ley a cada sujeto de derecho para crear o modificar normas jurídicas,⁶ para contratar o dejar de hacerlo – y en esa distinción, el consentimiento, se encuentra enumerado como uno de los requisitos o de los elementos estructurales del contrato.

De faltar uno de los elementos a que refiere el artículo 1261 citado, el contrato no puede perfeccionarse válidamente, lo que se traduce en que trae aparejada la nulidad absoluta del contrato (o inexistencia en caso de que falte la capacidad de obrar o el poder normativo negocial de acuerdo a la teoría de CAFARO y CARNELLI).

El contrato está perfecto cuando se reúnen todos los elementos exigidos por el legislador para que nazca a la vida jurídica; es el momento final de un proceso de formación, que se denomina precontractual, cronológicamente anterior al perfeccionamiento del contrato. La formación puede ser simple, con un solo contacto entre las partes o puede tener varias

⁵ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Tomo III. Formación del Contrato. Editoriales AMF, Jeditores Uruguay y Ediciones del Foro, 1º Edición, noviembre de 2015, pág. 2.

⁶ Cafaro, Eugenio y Carnelli, Santiago. Eficacia Contractual, FCU, Montevideo, Uruguay, 3º Edición Julio de 2007, pág. 13.

etapas⁷ y es lo que se denomina el proceso de formación del consentimiento en las que pueden darse las siguientes fases: tratativas, invitación a contratar, oferta o propuesta y la aceptación.

GAMARRA realizó algunas consideraciones respecto a la terminología empleada por la doctrina ya que se habla de “formación”, “conclusión” y “perfeccionamiento” siendo éste último el que utilizó el legislador. Señaló que el perfeccionamiento del contrato “*coincide con el momento final de un proceso de formación, que puede constar de varias etapas*”, tiene un alcance más amplio en cuanto comprende la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato. Se termina una etapa de manera que la formación refiere a toda la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato.⁸

⁷ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XI. FCU, Montevideo, Uruguay, 4° Edición 2006, pág. 11.

⁸ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 611.

6. EL CONTRATO ELECTRÓNICO

6.1 CONCEPTO

La mutabilidad como nota caracterizante de todo lo relacionado a lo electrónico, dado el constante desarrollo de la tecnología, dificulta una definición concreta del contrato electrónico. Ya que, si se los define estrictamente, caracterizándolo taxativamente, no sólo pueden quedar afuera elementos importantes, sino que, con los avances cotidianos, cualquier definición puede quedar obsoleta en poco tiempo.

Como noción preliminar podemos decir que el contrato electrónico es el acuerdo de voluntades que se perfecciona sin la presencia física de las partes contratantes y a través del uso de medios electrónicos. Se trata de dos notas características que serán desarrolladas más adelante.

De esta manera, TÉLLEZ y BECERRIL establecen que “... *los contratos electrónicos atienden al avance de las transacciones en donde la manifestación de la voluntad se realiza por mensajes de datos.*” Aclaran que a su vez éstos, “*incluyen información electrónicamente tratada que contiene declaraciones de voluntad, así como objetos materiales e inmateriales susceptibles de contratación. Estos son intangibles, lo que representa uno de los más importantes bienes o valores de la Sociedad de la Información.*”⁹

A la hora de conceptualizar el contrato electrónico, se distinguen concepciones de carácter amplio que incluyen no sólo el uso de tecnologías por medio de ordenadores, sino que también incluyen las que se llevan a cabo a través de telecomunicaciones, telefax o télex. Así lo hace la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre comercio electrónico y su guía para incorporación al derecho interno. En su artículo 1 delimita el ámbito de aplicación a toda actividad comercial realizada a través del uso de mensaje de datos y al definir estos en el artículo 2 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.*”¹⁰

⁹ Téllez, Julio y Becerril, Anahiby. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Comercio Electrónico. FCU, Montevideo, Uruguay, 2018, pág. 159.

¹⁰ Ley 34/2002 de España. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico. Art. 23: “Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica. 1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se registrarán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. 2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la

A estos se agregan otros mecanismos de reciente desarrollo como los mensajes de texto, el chat, whatsapp.

Otros sistemas utilizan una concepción más restrictiva y lo enmarcan en el uso de ordenadores al momento de efectuar la contratación, es decir, se restringe al EDI (intercambio electrónico de datos) y al correo electrónico.

MÁRQUEZ y MOISSET lo definen de ésta manera:

El contrato electrónico es una manifestación más del intercambio de datos a través de las redes. Las personas pueden comunicarse electrónicamente con fines de trabar o cultivar amistades, de buscar información en alguna de las múltiples bases de datos existentes en la Red, de informarse en los periódicos digitales, o de comerciar. El comercio realizado a través de medios electrónicos es denominado ecommerce, caracterizado por la transnacionalización e impersonalización. Se lo denomina "B2B", si es entablado entre empresas, "B2C", si la relación se traba entre empresas y consumidores y "C2C", si lo es entre consumidores.^{11 12}

El contrato electrónico, está inmerso en lo que es el comercio electrónico. Para ORDOQUI:¹³

(el) comercio electrónico es el intercambio electrónico de datos e informaciones correspondientes a una transacción. Implica el transporte de información, productos, servicios, pagos mediante líneas telefónicas o redes de ordenadores. Supone la aplicación de tecnología de avanzada para la automatización de las transacciones entre organizadores que permiten comprar y vender productos y servicios en Internet sin tener que desplazarse.

DÁVARA RODRIGUEZ,¹⁴ autor español, define la contratación electrónica como "aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste

utilización de medios electrónicos. 3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico. 4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica." Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758> Consulta del 11/05/2020.

¹¹ Abreviaturas de las expresiones "business to business", "business to consumer" y "consumer to consumer".

¹² Márquez, José Fernando y Moisset de Espanés, Luis. La formación del consentimiento en la contratación electrónica. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Consumidor. Dora Szafir. Tomo II, La Ley, 2011, pág. 792.

¹³ Ordoqui Castilla, Gustavo. Contratación electrónica e inteligencia artificial. Principios y Garantías de los Contratos. Revista Iberoamericana de Derecho Privado, Número 5, Mayo de 2017.

¹⁴ Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, pág. 168 cita a Dávora Rodríguez, Miguel Ángel. Manual de derecho informático, pág. 166. Recuperado en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Marcos-Sperati-Condiciones-de-la->

tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.”

En Argentina LORENZETTI, lo define de la siguiente manera:

El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial... El contrato puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar. Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso, se transfiere un bien digitalizado y se paga con ‘moneda digital’; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario, o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero.¹⁵

BRIZZIO entiende que se denomina contratación electrónica, o por medios informáticos, “a la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento, o la interpretación de un acuerdo. Desde una óptica amplia, son contratos electrónicos todos los que se celebran por medios electrónicos o telemáticos. Desde una óptica más restringida, se consideran solamente aquellos contratos que se celebran mediante EDI, esto es, la transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador.”¹⁶

En cuanto al alcance del “medio electrónico” queda librado a la política legislativa, no hay una única definición, por lo que algunas legislaciones incluyen o excluyen supuestos, por ejemplo, cuando se establece que el contrato electrónico es aquél que se celebra “sin la presencia física de los contratantes”.

En definitiva, existe consenso en cuanto a una definición más amplia o más restrictiva. La primera incluye cualquier medio electrónico en el proceso de formación de la voluntad negocial, mientras que el segundo sólo alcanza a las transmisiones entre ordenadores.¹⁷

[oferta-en-el-ambito-del-comercio-electronico-segun-el-Derecho-uruguayo.pdf](#) Consulta del 13/10/2019.

¹⁵ Lorenzetti, Ricardo. Comercio electrónico. Capítulo IV: Los contratos electrónicos. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001, págs. 173 y 174. Recuperado en <https://formulacionnotarial.files.wordpress.com/2016/02/el-contrato-electrc3b3nico-r-lorenzetti.pdf> Consulta del 18/02/2020.

¹⁶ Brizzio, Claudia. La informática en el nuevo derecho. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000, págs. 41 y 42.

¹⁷ Se trata de conceptos que se irán desarrollando a lo largo del presente trabajo.

6.2 VENTAJAS Y DESVENTAJAS

6.2.1 Ventajas

Como ventajas de la contratación electrónica, pueden señalarse las siguientes:

- Disminuye los costos de las transacciones y del transporte
- Determina la reducción del tiempo de búsqueda de información de los contratantes
- Acorta los procesos de distribución e intermediación
- Permite la búsqueda de mejores precios y variedad de productos y servicios
- No supone límites territoriales ni temporales. Puede contratarse indistintamente con un proveedor local o con un proveedor en cualquier lado del mundo, pudiendo operar a cualquier hora del día, las 24 horas los 7 días de la semana, redundando en una gran rapidez en las transacciones.
- Para el comerciante implica evitar los costos de mantener locales físicos, puede abrirse a nuevos mercados y permite acceder a información de sus competidores.

6.2.2 Desventajas

Como desventajas, pueden señalarse las siguientes:

- Ciertas dificultades operativas en la etapa de cumplimiento de los contratos online, ya que los costos de ejecución aumentan considerablemente
- Se hace difícil determinar la ley y jurisdicción aplicable
- Por otra parte, muchos productos ven comprometida su comercialización en razón de la piratería.
- Para el consumidor, tiene la desventaja de que no puede ver el producto, sino que debe confiar en lo que ve, lee o escucha; aunque puede utilizar herramientas de búsqueda que le permitan ver las cualidades y precio de un mismo producto o servicio en infinidad de lugares.

6.3 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Encontramos varios criterios de clasificación del contrato electrónico que resultan interesantes de analizar, sin perjuicio que desde ya se aclara que no todos forman parte del objeto del presente trabajo.

6.3.1 Por su forma de ejecución.

Pueden clasificarse en contratos directos o indirectos. Los contratos directos, refieren a bienes intangibles y/o servicios en donde la adquisición, pago y envío se realizan en forma online, como sucede en el caso de transacciones sobre software, música, videojuegos, cine; se trata de bienes que se pueden disfrutar de manera directa e inmediata accediendo a la plataforma digital.

Enseña ORDOQUI¹⁸ que *“Por el comercio electrónico directo se accede a programas, bases de datos, imágenes, etc. En estos casos la gestión de perfeccionamiento y ejecución del contrato se produce por los medios electrónicos.”* Cita a MATTEU DE ROSS quien aclara que sólo pueden ser objeto de este tipo de contratos aquellos bienes inmateriales, susceptibles de reducirse a un juego de números binarios.

ANTÚNEZ y MESSANO nos dicen que *“... un típico ejemplo de `Comercio Electrónico directo` (lo encontramos) cuando adquirimos un libro del tipo e-book en una tienda virtual (así oferta, aceptación, ejecución y pago son realizados a través de la red). Por el contrario, estamos ante `Comercio Electrónico indirecto`, cuando en las transacciones, junto con los medios electrónicos, intervienen también medios físicos. Este sería el caso de que se realice una compra de un par de zapatos en una tienda virtual, pero la entrega será siempre por medios tradicionales.”*¹⁹ De manera que los contratos electrónicos indirectos son los utilizados para adquirir bienes tangibles, que posteriormente serán enviados físicamente por los medios tradicionales de entrega. Se trata de contratos a distancia (física, no temporal) que se realizan por Internet y no puede disfrutarse del producto o servicio en forma inmediata porque se requiere del envío físico del producto o la prestación física del servicio. Por ejemplo, la adquisición de vestimenta, libros, viajes.

6.3.2 Por los sujetos que son parte

En relación a los contratantes, los contratos electrónicos pueden clasificarse dependiendo del tipo de relación, ya que puede tratarse de:

a) relaciones entre empresario y consumidor (Business to Consumer o B2C)²⁰; donde al menos una de las partes es consumidor, por ejemplo, en la contratación de viajes;

¹⁸ Ordoqui Castilla, Gustavo. Contratación electrónica e inteligencia artificial. Ob. Cit. Cita a MATTEU DE ROSS. Derecho e Internet, Ed Aranzadi Navarra, 2003, pág. 277.

¹⁹ Antúnez, Nicolás y Messano Fabrizio. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Capítulo 3 Comercio Electrónico, FCU, Montevideo, Uruguay, 1º Edición, 2018, págs. 118 y siguientes.

²⁰ Comprende a las empresas que ofrecen productos en la web para su venta en distintos comercios del mundo (como Amazon.com).

- b)** relaciones entre empresarios (Business to Business o B2B) y; donde todas las partes contratantes son empresas, por ejemplo, la contratación de una empresa de limpieza por un supermercado;
- c)** relaciones entre consumidores (Consumer to Consumer o C2C);²¹ En realidad, si bien existe esta categoría, en nuestro derecho ninguno de ellos es consumidor.
- d)** los perfeccionados entre empresas y alguna dependencia del Estado (Business to Government o B2G);
- e)** los relacionados a los consumidores con el Estado (Consumer to Government o C2G) y
- f)** los celebrados entre distintos organismos del Estado (Government to Government o G2G).

6.3.3 Por la forma de celebrarse

Puede tratarse de contratos celebrados en entornos abiertos o cerrados. El entorno abierto, nos enseña ANTÚNEZ y MESSANO *“ocurre cuando una red permite el acceso a cualquier individuo y este puede contratar libremente en la misma...En cambio una red cerrada, como por ejemplo es el caso de la SWIFT, nos dará por resultado en sus transacciones una contratación electrónica limitada a determinados participantes y operaciones. Esto trae como beneficio que todas las partes involucradas saben con quién están tratando, disminuyendo el universo de posibilidades de contrapartes, pero generando mucha mayor confianza y seguridad.”*²²

MÁRQUEZ y MOISSET establecen que *“El intercambio de datos o mensajes electrónicos, vehículos de las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) que concluirán el contrato, puede realizarse en redes cerradas (acuerdos conocidos como EDI –electronic data interchange-) o en redes abiertas (como la Internet).”*²³

El contrato EDI, definido como *“la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”* (artículo 2, apartado b) de la Ley Modelo UNCITRAL), trae al derecho menos problemas, pues, por lo general, está precedido por un acuerdo de intercambio de datos, en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones. El EDI es un contrato celebrado en entornos cerrados a diferencia de los entornos abiertos (Internet), donde la comunicación es interactiva entre interlocutores sin relación previa.

²¹ Por ejemplo, Mercadolibre.com, donde personas que no son proveedores, ponen a la venta determinados bienes y otros sujetos no consumidores los adquieren.

²² Antúnez, Nicolás y Messano Fabrizio. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Ob. Cit. Pág. 118.

²³ Márquez, José y Moisset de Espanés, Luis. La formación del consentimiento en la contratación electrónica. Ob. Cit. Pág. 795.

En las redes abiertas, las funciones se llevan a cabo a través de páginas Web por ejemplo o cualquier plataforma que funcione sobre una WLAN; en cambio, las redes cerradas, son redes privadas a las cuales se accede por el uso de claves privadas.

6.3.4 Por la emisión de las declaraciones

Podemos hablar de contrato electrónico puro cuando las declaraciones de voluntad se manifiestan íntegramente por medios electrónicos los que a su vez pueden realizarse a través de un intercambio o como contratos de adhesión: click and wrap agreements.²⁴ Así como existen contratos tradicionales celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas por el oferente, en el mundo virtual, encontramos figuras contractuales análogas, que se conocen genéricamente como wrap agreements. Por ejemplo, la aceptación de la política de privacidad o la contratación a través de una página web.

Se cuestiona la aplicabilidad y sujeción de las Condiciones Generales para los usuarios web, así como los términos de uso de la web, es decir, si realmente vinculan a los usuarios, si realmente existe consentimiento.

Se distingue a los contratos denominados clickwrap (clickwrap agreements) y los denominados browwrap (browwrap agreements). Aceptar o no estas formas tiene importantes consecuencias, considerando que se regula el derecho de los consumidores como el desistimiento, devoluciones, reclamaciones, ley y jurisdicción aplicable, responsabilidad de las partes, entre otras.

Enseña Ricardo Fernández Flores, autor español, que los contratos clickwrap agreements refieren *“al modelo de contratación por el cual las condiciones y términos de un sitio web deben ser aceptados expresamente con anterioridad a completar una transacción, a través de un acto expreso que normalmente consiste en un “click”, en el hecho de “pulsar” sobre un botón con la leyenda “Acepto”, “I agree” o similar. Es decir, si bien se trata de contratos de adhesión que el común de los mortales jamás leerá, se exige un acto expreso de aceptación para entender vinculado al usuario de la web con los términos de uso de ésta. En estos casos es el click el que perfecciona el contrato entre las partes. Por el contrario, mediante el mecanismo del browse wrapping, el empresario online pone a disposición del usuario los términos de uso de la web (normalmente al final de la página*

²⁴ Cabe aclarar que los contratos click-wrap deben su nombre a una variación de los que se conocen como contratos shrink-wrap (en referencia a que con la mera acción de romper el celofán con el que está envuelta la caja de un programa de computación, inmediatamente el usuario acepta las condiciones generales de las licencias de uso de software). Hoy nadie discute que eso no es aceptación. También se usan los términos web-wrap o browse-wrap, para hacer énfasis en la adhesión a cláusulas generales habitualmente publicadas en sitios web o en los navegadores de Internet respectivamente, generalmente vinculado a “cookies” y manejo de datos. En estos casos, hay aceptación.

*bajando con el ratón, esto es, haciendo scroll down) siendo la aceptación fruto de un acto presunto que normalmente consiste en el mero uso, en **el mero hecho de navegar por el sitio web, sin ser necesario ulterior acto de manifestación de una u otra voluntad.***

Agrega que en “El caso de los contratos clickwrap, desde la perspectiva legal, ofrece ya pocas dudas en cuanto a la vinculación que crean entre las partes y la ejecutabilidad de los acuerdos. Tras la modificación que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, “LSSICE”) operó en los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de comercio, no existe duda de que “hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”, y es precisamente el acto de “clickar” el que supone la manifestación necesaria y suficiente del consentimiento a un contrato de adhesión con condiciones generales.

En los contratos browsewrap, la situación no puede ser tan pacífica. En primer lugar, los términos de uso son un contrato que vincula a las partes y regula las transacciones en la site y que existe, lo primero, para que el consentimiento se entienda válido (arts. 1.261 y 1.265 CC), pero también para que se puedan cumplir los requisitos de transparencia e incorporación que impone la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 5.”²⁵

BRIZZIO define los contratos wrap agreements como acuerdos en los que “la aceptación es expresada mediante la pulsación o cliqueo del ratón de la computadora”. Cuando el usuario cliquea sobre el botón “Acepto”, “Estoy de acuerdo” o similar, que se muestra al final del documento, se entiende que suscribe el contrato aceptando todas las condiciones generales de contratación predispuestas por el otro cocontratante.²⁶

En los contratos electrónicos, generalmente tanto la oferta como la aceptación se realizan por medios electrónicos y salvo que ambas partes sean no consumidores, es escasa o nula la posibilidad de comenzar por las tratativas, intercambiar ideas, realizar contraofertas. En la mayoría de los casos nos enfrentamos a contratos de adhesión, sin posibilidad de discutir el contenido, condiciones, donde el usuario solo tiene la opción de aceptar o no aceptar, lo que incluye aceptar los términos y condiciones (cómo, dónde y a partir de cuándo puede retirarse el producto por ejemplo en el caso de compraventa de bienes materiales). A distinta conclusión puede llegarse si estamos frente a un contrato entre no consumidores, donde no existen “términos y condiciones” sino una oferta que puede ser suplida por otra y el emisor pasará a ser el receptor de la misma.

²⁵Fernández Flores, Ricardo. La ejecución de los contratos click-wrap y browse-wrap en Derecho español. Recuperado de [La ejecución de los contratos click-wrap y browse-wrap en Derecho español | E&J \(economistjurist.es\)](http://La ejecucion de los contratos click-wrap y browse-wrap en Derecho español | E&J (economistjurist.es)). Consulta del 7/5/21.

²⁶Zuvi, Lidia Irene cita a Brizzio, Claudia: “Contratación mediante click-wrapping” - RCyS - 2000 - pág. 1325. Recuperado de [Reforma al Código Civil y Comercial \(LEY 26.994\) Medios Electrónicos. por Lidia Zuvi - cintec \(google.com\)](http://Reforma alCodigo Civil y Comercial (LEY 26.994) Medios Electrónicos. por Lidia Zuvi - cintec (google.com)) Consulta del 02/12/2020.

En nuestro país, la Ley 19.678 (ley sobre Seguros), en el último inciso del artículo 3 se establece la obligatoriedad para el asegurador de informar las condiciones contractuales en forma clara y precisa, *“lo que podrá ser cumplido por un medio electrónico que permita comprobar su recepción o acceso del asegurado”*. De esta manera se fija el almacenamiento seguro de las condiciones, de manera que puedan ser recuperadas en cualquier momento.

En el mismo sentido, también está regulado en la Ley de Servicios de Información (LSSICE).

Tales condiciones generales son muy similares a las que están presentes en los contratos por adhesión offline: son cláusulas sobre la descripción del bien o servicio, modo en que se lo debe usar, reparto de riesgos, de prórroga de jurisdicción, sobre ley aplicable, limitaciones de responsabilidad, entre otras, cuyas cláusulas y condiciones fueron previamente redactadas por el proveedor de modo unilateral. En líneas generales, la validez o el carácter abusivo de estas cláusulas dependerá en cada caso fundamentalmente de si el contrato de adhesión es, a su vez, un contrato de consumo. En tal sentido, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha establecido como principio general la validez de los click-wrap agreement y de los términos y condiciones contractuales establecidos en los mismos. Solo serían inválidos dichos acuerdos o alguna de sus cláusulas si fueren irrazonables o ilegales, o si implicasen la indefensión de uno de los contratantes o el abuso ejercido por una de las partes en perjuicio de la otra.

En este aspecto, se plantean dos problemas. Uno hace referencia a cuando las cláusulas se incorporan por remisión y redireccionamiento a otras web. El redireccionamiento web permite que un dominio apunte a otro o a una URL específica de un dominio.²⁷ A través del redireccionamiento puede lograrse que varias URL se dirijan hacia un solo sitio web y acortar direcciones URL complejas. De esta forma, por el sólo hecho de navegar en la página web ya se aceptan las condiciones y ese redireccionamiento entorpece al usuario que en definitiva no sabe qué condiciones está aceptando. No puede haber consentimiento porque no conoce las condiciones.

Y el otro problema que se plantea es en cuanto a la naturaleza mutable del medio de almacenamiento ya que, si se alojan en la web, pueden ser modificadas en cualquier momento sin consentimiento. En algunos casos se exige que las condiciones aceptadas se envíen por correo electrónico u otro medio que permita su almacenamiento y recuperación en cualquier momento, como sucede en la Ley de Seguros de nuestro país.

GROVER expresa:

²⁷ *“El redireccionamiento frame te permite mantener la url del dominio sin que cambie la url de la redirección en el navegador web. Para usar el redireccionamiento frame, deberás activar la opción frame en Alojamiento > Redirecciones.”* Recuperado de <https://www.dondominio.com/help/es/98/que-es-exactamente-redireccionamiento-web/> Consulta del el 9/5/21.

Si bien usados mayormente en sus inicios para licencias de uso de software, ya sean adquiridos en formato físico o en formato digital, los contratos click-wrap también se utilizan para otorgar licencias de otros productos digitales disponibles en la red, como por ejemplo, libros digitales, música, video juegos, entre otros, y para la aceptación de servicios digitales, como por ejemplo, adherirse a una base de datos o a una red social, obtener un espacio virtual para crear y moderar un blog, adherirse a una plataforma de compra-venta o subasta de bienes o servicios en línea, etc.

En lo que respecta al formato en que se presenta típicamente el contrato en la pantalla del usuario, por lo general aquel trae aparejadas serias dificultades. Por ejemplo, suele aparecer en idioma extranjero, o con deficiencias en la traducción que lo hacen inentendible. Asimismo, se requiere que el usuario acepte las condiciones generales antes de utilizar el producto o gozar del servicio, pero después de haberlo adquirido, incluso cuando el consumidor no pudo tener acceso a ellas para leerlas, lo cual genera ciertas dudas en cuanto a su legalidad. Finalmente, al pie de dichos contratos, se estila colocar la leyenda "Acepto", "Estoy de acuerdo" u otra similar, marcada por defecto, sin requerir acción alguna del usuario. ... estos problemas pueden generar situaciones abusivas...²⁸

En los contratos de adhesión, independientemente que sea o no electrónico, se limita la autonomía de la voluntad porque el interesado en el producto o servicio sólo tiene la opción de contratar con determinados requisitos o no contratar y, por ende, quedarse sin obtener el producto o el servicio. Por ello, es importante indicar un elenco de cláusulas abusivas.

En contraposición al contrato electrónico puro, se habla de contratos electrónicos mixtos donde se combinan sistemas informáticos con tradicionales; por ejemplo, se descarga un formulario de Internet que luego se presenta físicamente o se envía por correo postal.

6.4 AUTONOMÍA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

La gran magnitud del impacto de la tecnología en la contratación ha determinado que algunos autores hablen de una nueva tipología de contratación.²⁹ A este nuevo "tipo" de contratación se le aplican las reglas generales de los contratos pero se analizarán las

²⁸ Grover Dorado, Jhon. Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino. Sistema argentino de información jurídica ID SAIJ: DACF160582. Recuperado en <http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dacf160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga> Consulta del 31/05/2020.

²⁹ Lorenzetti, Ricardo. Comercio electrónico. Capítulo IV: Los contratos electrónicos. Ob. Ci. Págs. 163.

características especiales de la oferta y de la aceptación realizada en forma electrónica con la finalidad de determinar si es acorde aplicar estrictamente la normativa vigente.

Algunos autores³⁰ entienden que el “Contrato Electrónico” no es una categoría autónoma de contrato, con una causa específica, sino que al hablar de “contratación electrónica” nos referimos a aquéllos contratos que, con independencia de su naturaleza jurídica o la irrelevancia de su objeto – bienes o derechos – prescinden del lenguaje oral y escrito de la contratación tradicional.

En mi opinión, de acuerdo a lo que se desarrollará en el presente trabajo, entiendo que se trata de un contrato con particularidades en la oferta y aceptación, pero ello no determina que se trate de una nueva tipología contractual. El carácter distintivo radica en el medio de transmisión de las declaraciones contractuales en donde no se prescinde del lenguaje, sino que se manifiesta distinto a la contratación tradicional; es decir, no a través de la concurrencia física de las partes dando su consentimiento mediante la *firma* de un documento o cerrando un acuerdo verbalmente, sino haciéndolo a través de un escenario de plataformas que proporcionan los medios electrónicos. Un mensaje enviado por correo electrónico no difiere de un mensaje epistolar. En los contratos electrónicos, también encontramos oferta y aceptación que confluyen para llegar al consentimiento. Ambas son declaraciones unilaterales de voluntad recepticias.

6.5 DISTINCIÓN CON LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

En sentido amplio, los contratos informáticos tienen por objeto bienes o servicios informáticos³¹, independientemente del medio que se utilice para la contratación. En un sentido más restringido, son contratos que se perfeccionan por un medio informático, independientemente de su objeto y en este caso hablamos de “contratos electrónicos”.

Es decir que se entiende que los llamados contratos informáticos son aquellos en los que el objeto sobre el cual recae la contratación refiere a bienes o servicios informáticos – por ejemplo, compraventa de hardware, licencia de software - y cuando el medio electrónico es el instrumento para perfeccionar un contrato es que hablamos de “contratación electrónica”.³²

³⁰ Por ejemplo, Ordoqui expresa: “*En nuestra opinión, los contratos electrónicos en el comercio indirecto en realidad no son una nueva categoría contractual sino que son otra forma de celebración del contrato. Lo peculiar es la forma, el medio utilizado para expresar la voluntad, tanto para perfeccionar como para ejecutar el contrato.*” Ordoqui Castilla, Gustavo. Contratación electrónica e inteligencia artificial.

³¹ Bienes informáticos son aquellos elementos que constituyen el sistema (ordenador) en referencia al hardware e implican el soporte físico o bienes inmateriales que proporcionan datos, órdenes, procedimiento, conformando el soporte lógico. Servicios informáticos son aquellos que sirven de apoyo a la actividad informática (como actualizaciones, limpieza de virus).

³² Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXXII, pág. 603.

Esto significa que los contratos informáticos se definen por su objeto, mientras que los contratos electrónicos se caracterizan por la forma en la que se presta el consentimiento, esto es, a través de medios electrónicos, con independencia de su objeto (que pueden ser bienes o servicios informáticos, pero no necesariamente).

7. FORMACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO URUGUAYO.

PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

Determinar el momento en que se produce el perfeccionamiento del contrato, resulta de suma relevancia pues, a partir de ese instante empezará a generar efectos jurídicos y, por lo tanto, serán exigibles las obligaciones debidas por cada parte.

Así titulado su trabajo, CAFFERA propone las siguientes etapas en la formación del consentimiento electrónico:

- 1- Propuesta
- 2- Trasmisión de las declaraciones negociales. En esta fase se estudia el medio a través del cual la propuesta llega a la otra parte que, en los contratos electrónicos, se realizará por medio de las telecomunicaciones informáticas. Plantea que en el Código Civil no surge prevista la posibilidad de que el intermediario interfiera de algún modo en la modificación de la propuesta de modo que llegue una distinta al destinatario, expresa: *“Era un tema transparente para el Código, el sujeto que intermediaba en la trasmisión de la voluntad negocial era un sujeto irrelevante.”* Sin embargo, expresa que, en el mundo informático, es una de las dudas más relevantes el plantearse qué sucede si el proveedor de un servicio de internet altera el mensaje que contiene la expresión de la voluntad negocial, alterando a la emitida, ya sea en forma dolosa, culposa o sin culpa. Citando a GAMARRA³³ expresa que este autor considera que se trata de un caso de nulidad absoluta por falta de consentimiento y para quienes sostienen la teoría de inexistencia, se trataría de un contrato inexistente, por ausencia de uno de sus elementos.

CAFFERA entiende que no puede tratarse de un error (error obstáculo), porque no hay un intercambio de manifestaciones de voluntad sobre el cual pueda recaer el error, sino que se trata de la recepción de un mensaje distinto al emitido, que es la situación que regula el artículo 1267 del Código Civil. Es decir, hay una propuesta original que no llega a destino – porque fue alterada – y hay una aceptación que responde a una propuesta distinta a la enviada.

- 3- Aceptación
- 4- Momento de perfeccionamiento del contrato

³³ Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Pág. 606. Cita a Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XII, Edición 1971, pág. 35.

5- Inestabilidad del consentimiento introducida por el artículo 16 de la Ley de Relaciones de Consumo.

En todos los casos, será necesario, al igual que en la contratación “tradicional”, una propuesta y una aceptación, a lo que deberá tenerse en cuenta el sistema aplicable en cada derecho (en nuestro derecho, como expresaré, rige el sistema de recepción, salvo puntuales excepciones). Pero también las partes pueden convenir cuando la oferta o la aceptación tienen eficacia, aunque se aparten del régimen común de los contratos tradicionales, a excepción de contratos que se rigen por la Ley de Relaciones de Consumo que es de orden público.

Serán analizadas brevemente las etapas que podemos ver en la fase de formación del consentimiento contractual, vinculándolas con el consentimiento contractual electrónico. El planteo se realizará en forma cronológica, sin perjuicio de que puede prescindirse de algunas de las etapas mientras que otras son necesarias para obtener el consentimiento contractual. Las etapas son: tratativas, negocios y acuerdos preparatorios, propuesta y aceptación.

7.1 TRATATIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL URUGUAYO

Se trata de la primera etapa del *iter formativo* del contrato pero es una etapa contingente ya que puede no existir, como en las ventas a precio fijo, contratos de adhesión, contrato de transporte.³⁴ Por esta razón, la doctrina distingue los contratos negociados, cuando existe esta etapa, para diferenciarlos de los contratos de adhesión. No están específicamente reguladas en nuestro Código, sólo hay referencias determinadas, lo que sí se regula es la propuesta que es una etapa posterior a las tratativas.

Si bien no es una etapa necesaria para alcanzar el perfeccionamiento del contrato, cuando se trata de contratos con cierta importancia económica o de gran complejidad operativa, resulta prácticamente imposible de saltar, ya que se requiere de un estudio previo, de análisis de conveniencia, etc.

ORDOQUI expresa que *“por tratativas se entiende las propuestas o invitaciones a negociar que preceden al contrato, en las cuales las partes sin manifestar su intención de obligarse se comunican recíprocamente la intención de querer llegar a contratar.”*³⁵

En la etapa anterior al perfeccionamiento no existe certeza respecto al nacimiento del contrato, es eventual que el contrato llegue a formarse, siendo la nota caracterizante de las tratativas que no existe intención de obligarse - lo que la diferencia de la propuesta - sino que las partes toman contacto sin saber cuál será el resultado de este período, discuten, se

³⁴ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 13

³⁵ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 37

trasladan ideas, se intercambian información, opiniones, se ensaya la elaboración de un proyecto contractual y se evalúa la posibilidad y conveniencia de llegar a un acuerdo y pretenden *conocer* en qué consiste ese futuro y eventual contrato final, sin que exista propuesta ni aceptación.

La falta de intención de obligarse de las partes, determina que la etapa final de las mismas no implique la formación del contrato, a pesar de que se haya elaborado un proyecto o esquema al respecto, por ejemplo, a través de una minuta, porque no es esa – aún – la voluntad de las partes y puede no serlo nunca. Finalizada esta etapa, requerirá ser seguida de otra en la que sí existe intención de obligarse, por eso las tratativas constituyen una fase anterior a la propuesta, tienden a prepararla, tienen una función instrumental y es por eso que, cuando culmina esta primitiva y eventual etapa, la propuesta se realiza con un camino ya andado y la oferta marca el fin de las tratativas. ORDOQUI aclara que, en caso de perfeccionarse el contrato, se le atribuye a las tratativas una función interpretativa.³⁶

Caracteriza al período que se está analizando su *revocabilidad* ya que las partes pueden decidir y desdecirse respecto a los temas planteados sin incurrir en responsabilidad, ya que las tratativas no tienen carácter vinculante, las partes se encuentran en libertad de decidir.³⁷ Por lo tanto, dice GAMARRA, el vínculo obligacional aún no existe y eso permite el derecho de arrepentirse en cualquier momento sin responsabilidad para las partes.³⁸

Respecto a la minuta, es definida por ESCRICHE citado por GAMARRA³⁹ como *“extracto o borrador que se hace de algún contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarle después y extenderle con todas las formalidades necesarias a su perfección.”* Se trata de apuntes que recogen el resultado de las discusiones que las partes mantuvieron en el período de las tratativas.

GAMARRA plantea el problema de la gran variedad de contenidos y finalidades que puede tener, pudiendo tener naturaleza obligacional o no según los casos. Ubicada en la etapa de las tratativas, considero que no tiene efecto vinculante u obligacional, sino que tiene fines *“memorísticos”* al decir de GAMARRA estableciendo los puntos sobre los que existe acuerdo y tal vez planteando los que aún no han alcanzado ese estado.

³⁶ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 39

³⁷ En nuestro Código Civil, la facultad de revocar se consagra en actos que suponen la voluntad de obligarse, esto es, en la propuesta y en la aceptación. Así el artículo 1265 establece *“El contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente. Hasta ese momento, está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a no ser que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada la oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado. El que acepta el negocio, tendrá la misma libertad que el proponente, conforme al inciso anterior.”*

³⁸ Sin perjuicio de la responsabilidad por poner fin a las tratativas en forma intempestiva e injustificada que excede el estudio del presente trabajo.

³⁹ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 18. Cita a Escriche. Diccionario, Madrid, 1877, pág.1255.

Al igual que en la contratación “tradicional”, en los contratos electrónicos, esta etapa puede no existir. Frecuentemente la observamos a través del intercambio de correos electrónicos entre los futuros contratantes, chat de diferentes aplicaciones como whatsapp, Instagram, Facebook.

Más allá del título que se utilice, es necesario analizar e interpretar en cada caso la naturaleza del documento a los efectos de determinar si estamos ante un contrato ya formado o en una etapa anterior.

La doctrina realiza una distinción entre las tratativas simples y los acuerdos preliminares.

7.2 NEGOCIOS Y ACUERDOS PREPARATORIOS

De acuerdo a GAMARRA, los negocios y acuerdos preparatorios son parte de una categoría más amplia que son las relaciones jurídicas preparatorias, se ubican en el período de las tratativas donde las partes aún tienen la facultad de desdecirse por su carácter esencialmente revocable por lo que comparten la finalidad de alcanzar un contrato definitivo, pero se diferencian entre sí en aspectos que se describen a continuación. Esta etapa preparatoria hace a la formación progresiva del consentimiento, del contrato definitivo – o contrato final como se le llama para distinguirlo del contrato definitivo en las promesas de contratar -.⁴⁰

El negocio preparatorio tiene una clara naturaleza contractual ya que nacen obligaciones. Ejemplo de ellos son los contratos preliminares - como las promesas de contratar – y el contrato de opción. En los acuerdos preparatorios, las partes acuerdan sobre determinados puntos del futuro contrato, realizan acuerdos parciales y en principio, el resto de las discusiones e intercambios que mantendrán a futuro, se basan en aspectos o puntos que están fuera de estos acuerdos porque los anteriores se tienen por firmes, sin perjuicio de que el futuro contrato definitivo no llegue a formarse.

Ahora bien, las obligaciones del contrato definitivo, nacen a partir de que éste esté perfeccionado y no de la etapa anterior. Lo que se plantea es si pueden nacer otras obligaciones en el período de formación del consentimiento, acuerdos con efectos obligacionales, que sean distintas a las que surgirán eventualmente en el contrato final. GAMARRA contesta afirmativamente.⁴¹

⁴⁰ En cada oportunidad en la que me remita al contrato definitivo lo haré con este alcance: de contrato final.

⁴¹ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 33.

ORDOQUI⁴² establece que *“El contrato preparatorio es en sí una obligación, un compromiso de celebrar a futuro otro contrato. Debemos mencionar entonces que el contrato preparatorio tendrá un efecto formal, y posteriormente el contrato definitivo que ha de celebrarse contendrá los efectos sustantivos. Los contratos preparatorios son negocios que se celebran entre las partes con el fin de obligarse a que eventualmente se celebre otro contrato, cuyas bases y condiciones allí se establecen.”*

Ahora bien, teniendo en cuenta los tipos de acuerdos que se alcanzan en esta etapa de tratativas, se comprende el carácter vinculante de los mismos “concediéndoseles” naturaleza obligacional, porque de otra manera constituirían meros deseos de que se cumplan. Así, por ejemplo, las partes pueden intercambiarse información que consideren estrictamente reservada y que de revelarse podría ocasionar perjuicios evaluables económicamente. Eso lleva a realizar un acuerdo previo donde se pacta la obligación de confidencialidad, obligación que se mantendrá aun cuando el contrato no llegue a formarse. Es claro que estos pactos tienen naturaleza obligacional y tienden a regular el comportamiento precontractual. Son acuerdos que se identifican con la noción de acuerdo de voluntades del artículo 1246, por lo tanto, tienen efecto obligacional. De acuerdo a GAMARRA, son “contratos antes del contrato final”.⁴³

Para BIANCA, citado por GAMARRA⁴⁴ *“el acuerdo preparatorio es aquel en el cual las partes convienen sobre algunos puntos; no genera obligaciones porque es provisional y sometido al resultado de las tratativas.”*

ALTERINI⁴⁵ analizando la formación del consentimiento, señala:

Por lo pronto, son frecuentes los acuerdos parciales. Corresponde considerar que ellos sólo concluyen el contrato cuando todas las partes expresan consentimiento sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares; la extensión de una minuta respecto de alguno de esos elementos, o de otros no esenciales, es irrelevante y, en la duda, el contrato no se considera concluido (Código Civil alemán). Logrado aquel consentimiento, el contrato queda integrado en las estipulaciones pendientes mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulte de las normas imperativas, de las normas supletorias y de los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables. Se trata de la punktation, contemplada por el Código suizo de las obligaciones (art. 2), que también resulta de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (arts. 14.1 y 19.2), según la cual el contrato queda formado cuando hay acuerdo sobre sus elementos

⁴² Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 45.

⁴³ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 34.

⁴⁴ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 33.

⁴⁵ Alterini, Atilio. Bases para armar la Teoría General del Contrato en el Derecho moderno. Revista de la Asociación de Escribanos, N° 80. 1994, pág. 290.

constitutivos propuestos en la oferta, y la aceptación no le introduce modificaciones que los "alteren sustancialmente".

7.3 PROPUESTA U OFERTA

Para la formación del contrato es necesaria la existencia de los elementos que requiere el legislador. Específicamente en lo que hace al elemento *consentimiento*, el mismo implica un "acuerdo de voluntades", esto es, se requieren al menos dos declaraciones unilaterales de voluntad coincidentes. Estas declaraciones de voluntad se dan cronológicamente en dos etapas: propuesta y aceptación de la propuesta.

Cuando se realiza la propuesta, se deja de discutir sobre ideas ya que existe un cambio en la voluntad de los sujetos en la medida que ya no se evalúa la conveniencia, sino que se considera beneficioso; se sustituye la voluntad de discutir por la voluntad de contratar, hay una voluntad más definida y el artículo 1262 del Código Civil requiere que la propuesta se realice con intención de obligarse y será realizada en principio, por quien asume la iniciativa.

La propuesta u oferta es definida por THUR, citado por GAMARRA como *"una declaración de voluntad recepticia por medio de la cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales, que para que éste quede cerrado basta con que el destinatario de la oferta la acepte."*⁴⁶

ORDOQUI la define como *"el proyecto definitivo del acto jurídico que se somete a la consideración de la otra parte"* tratándose de *"una manifestación unilateral de voluntad recepticia destinada a tratar de lograr el perfeccionamiento de un contrato. No es un acto jurídico bilateral, sino que aspira a serlo."*⁴⁷

Agrega que suele hablarse de oferta cuando la propuesta se dirige a una persona determinada y de policitud cuando está dirigida al público en general.

La diferenciación que realiza el autor entre oferta y policitud, puede ejemplarizarse con una publicación realizada en Mercado Libre, a través de la cual se ofrece en venta un producto por una persona que no es proveedor (por lo tanto, no se aplican las disposiciones de la Ley 17.250). En su definición, la declaración de voluntad emitida a través de la plataforma de la web, se trata no de una oferta sino de una policitud.

La propuesta es entonces una declaración de voluntad realizada por una persona capaz para contratar, dirigida con intención de obligarse, que debe contener todos los elementos del futuro contrato de manera que confiere al otro sujeto el poder de perfeccionar el contrato con la sola aceptación. Ni la propuesta ni la aceptación, consideradas

⁴⁶ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 149. Cita a Thur. Obligaciones, I, 23, 134.

⁴⁷ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Págs. 45 y ss.

independientemente, pueden producir efectos, éstos nacerán con el perfeccionamiento del contrato, pero mientras tanto son parte de la formación del mismo.

Si las dos partes realizan una manifestación de voluntad coincidente, es imposible determinar cuál es la propuesta y cuál es la aceptación. Podría entenderse que el contrato queda formado cuando ambas declaraciones llegan a la otra parte.

También puede suceder que se crucen dos declaraciones de voluntad distintas y hasta opuestas, por ejemplo, el proponente envía la revocación de la propuesta y por otra parte el receptor de la misma, envía la aceptación. Por ello es importante determinar no el momento en que esa voluntad fue emitida, sino que importa el momento en que fue recibida porque la trascendencia jurídica está dada por la recepción de la voluntad y ello determinará que el contrato no se forme en el primer caso o que sí quede perfeccionado en el segundo como se explicará más adelante.

7.3.1 Caracteres de la Propuesta

ORDOQUI⁴⁸, citando a MENENDEZ MATO distingue los caracteres de los requisitos. Entiende que los caracteres son: la manifestación de voluntad, unilateral e inicial, recepticia y con intención; mientras que los requisitos refieren a que sea completa, con intención, que se individualice al destinatario y se dirija a él, la capacidad, la forma, el contenido, si existe plazo debe respetarse y que puede estar condicionada a un hecho futuro e incierto.

Pero en general, la doctrina⁴⁹ enumera tres caracteres de la propuesta:

1- **Debe ser realizada con intención de obligarse.**

Esto surge del inciso 2° del artículo 1262 del Código Civil: *“La propuesta consiste en la manifestación que hace una de las partes de querer constituirse en alguna obligación para con la otra.”*

Es la nota caracterizante que la diferencia de las tratativas. La propuesta se realiza con la intención de que, de aceptarse, el contrato quede perfeccionado. Se trata de una parte integrante de uno de los elementos del contrato que es el consentimiento, por lo que es indispensable su existencia. Debe tratarse de una intención seria e inequívoca de obligarse a contratar, ya que si se realiza a modo de broma no existe la voluntad de obligarse.

2- **Completa y precisa.**

En la medida que basta la aceptación del destinatario para que el contrato quede formado, se requiere que la propuesta sea completa y precisa, esto es, que contenga todos

⁴⁸ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 50. Cita a Menéndez Mato. La oferta contractual. Ed. Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 46.

⁴⁹ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág 154.

los elementos necesarios para que el perfeccionamiento del contrato se forme con el “sí” del aceptante, sin más.

Así lo expresa CAFFERA⁵⁰ al decir que *“De acuerdo con la teoría general del contrato, la propuesta contractual debe ser completa al extremo que el destinatario de la misma debe poder aceptarla con un simple “Sí”.*

Esto lo vemos de la forma más clara posible en el comercio electrónico: es un “click” con el mouse o un golpe de la tecla “enter” el que perfecciona el contrato, por eso se habla de “clickwrap agreements o “clickthrough agreements”, esto es: contratos que se forman mediante un click.”⁵¹

ORDOQUI entiende que la propuesta debe contemplar *“todos los elementos esenciales del contrato y aquellos otros que regularán la relación contractual si la aceptación se verifica, o la forma en que han de determinarse aquellos puntos que no han sido en ella contemplados.”*⁵²

Si se requiere un posterior acuerdo de las partes sobre determinados aspectos, puede considerarse que la oferta es incompleta, por ejemplo, cuando no se ha determinado la cantidad definitiva del producto que se va a adquirir, cantidad del objeto del negocio.

3- Forma.

La propuesta puede asumir cualquier forma, pero GAMARRA⁵³ enseña que ha de tenerse en cuenta que al ser uno de los componentes del consentimiento, en el caso de que se requiera la solemnidad, la propuesta – al igual que la aceptación – deben respetar esa forma. Que el legislador exija el requisito de la solemnidad para ciertos contratos, implica que la voluntad no es válida si no se exterioriza a través de la forma exigida por la ley, por lo que la propuesta o la aceptación de la misma ignorando este requisito (por ejemplo, la escritura pública en el caso de compraventa de inmuebles) no logra el perfeccionamiento del contrato.

En principio la regla es que las partes pueden optar libremente por cualquier medio para expresar su voluntad contractual: verbal o escrita, directa o indirecta, expresa o tácita.

Será expresa cuando es exteriorizada en forma inequívoca, con la intención de hacer conocer a otro su voluntad, puede ser verbal, escrita, por teléfono, fax, telegrama, mails o por cualquier medio informático, puede ser por gestos – por ejemplo, por lenguaje de señas o cuando se detiene a un taxi -. Es decir, será expresa cuando no sea necesario un razonamiento o inducción.

⁵⁰ Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Ob. Cit. Pág. 608.

⁵¹ En el mismo sentido, Ordoqui Castilla, Gustavo expresa que *“Se parte, como en todo contrato, de una oferta y una aceptación, que surgen como consecuencia de expresiones de voluntad a través de formas electrónicas. Llegado el momento de aceptar, ello se realiza por un clickear del mouse sobre el ícono aceptar.”* Contratación electrónica e inteligencia artificial. Ob. Cit.

⁵² Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 51.

⁵³ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 162

En cambio, la declaración tácita tendrá lugar cuando se induce del comportamiento del sujeto, por medio de actos concluyentes que permitan deducir la voluntad de negociar.

GAMARRA entiende que existe declaración expresa cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que asume y habrá declaración tácita cuando esa intención pueda deducirse indirectamente mediante razonamientos lógicos.⁵⁴

ORDOQUI, citando a GALLO⁵⁵ manifiesta que la propuesta debe ser expresada en forma inteligible e idónea para comunicarse con el destinatario. Indica que la oferta puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se realiza a personas determinadas o indeterminadas en forma verbal o escrita a través de cualquier medio, incluso electrónico. Esta es la regla en la propuesta ya que la oferta tácita se considera la excepción. La oferta tácita se deduce de una conducta que haga evidente para la otra parte la intención de contratar y cita como ejemplo la mercadería en exposición en un supermercado, donde se exhibe el producto y se indica el precio, o cuando se exhibe un producto en vidriera, alcanzando con ingresar al comercio y manifestar interés en el mismo.

El Código Civil emplea varios ejemplos: artículo 2058 hay aceptación tácita cuando el mandato comienza su ejecución.

ORDOQUI cita los artículos 1737, 1781, 2218, 2253, 2254, 2056, 2070, 2088 y 2091. En determinados casos, ya sea la ley o por voluntad de las partes, se requiere que la declaración sea expresa. Nos dice que puede ser directa o indirecta, teniendo en cuenta los medios a través de los cuales se produce la comunicación.⁵⁶ Será directa o inmediata cuando el destinatario toma conocimiento por el propio declarante e indirecta o mediata cuando se realiza a través de representante o por medio de fax, computadora, teléfono.

Es decir que rige la libertad de formas para expresar la voluntad contractual (salvo cuando se exige la solemnidad). Así CAFFERA dice que “... *no reviste una relevancia de primer orden cual sea el soporte de las secuencias o conglomerados sígnicos que expresan los contenidos volitivos o preceptivos constituyentes del negocio, salvo, claro está, en las hipótesis donde la norma legal impone formas regladas de emisión (solemnidad).*”⁵⁷

NOBLÍA señala que los soportes materiales a través de los cuales se expresa la voluntad con la finalidad de contraer obligaciones, ha cambiado a lo largo de la historia, afirmando que:

... las tablillas de madera utilizadas durante la vigencia del Derecho romano clásico, fueron sustituidas por el pergamino de tela, luego de cuero, los documentos

⁵⁴ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 258.

⁵⁵ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Págs. 56 y ss. Cita a Gallo. Tratatto del contratto. Tomo I, “La Formazione”. Ed. Utet, Torino 2010, pág. 543.

⁵⁶ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 30.

⁵⁷ Caffera, Gerardo. “Una mirada a los contratos informáticos y al tema del consentimiento por medios electrónicos.” Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXVIII, pág. 488.

no se firmaban en la Roma antigua, sino que otorgantes y testigos y aún el "Tabello", colocaban un sello en señal de asentimiento, y ese sello muchas veces era el mismo utilizado por el otorgante, los testigos y el "tabelio"; cuando comenzaron a "firmarse", tal firma no era como hoy, la reproducción del nombre, sino una frase escrita al final del texto, con relación al contenido del documento.⁵⁸

Hoy los medios informáticos representan una de las formas a través de las cuales puede expresarse la voluntad, constituyen un nuevo soporte material para exteriorizar la manifestación de voluntad. Más adelante agrega que el documento electrónico contiene un mensaje de texto alfanumérico en un lenguaje convencional sobre un soporte material destinado a durar en el tiempo.

De acuerdo a lo expresado, la manifestación de voluntad contractual, esto es, la declaración, puede ser expresada por medios electrónicos siendo el proceso formativo del consentimiento por estos medios totalmente válido ya que puede expresarse por cualquier medio que permita ser entendido por el destinatario.

La excepción, como se dijo, refiere a los contratos en los que el legislador exige solemnidad. En cuanto a este punto, sería interesante realizar una revisión de la necesidad de mantener esas exigencias, es decir, esa forma especial para exteriorizar la voluntad válidamente, teniendo en cuenta que delimitan el campo de aplicación de los contratos electrónicos. Sabido es que el legislador estableció ese requisito de validez con el cometido de dotar de mayor trascendencia al acto que las partes celebren para que tomen conciencia de la importancia de esa celebración, para que se otorguen frente a un profesional que les brinde asesoramiento y la configuración técnica de lo pretendido. En este sentido, se exige respetar esta forma en negocios sobre bienes que, a la época de sanción del Código, se entendían que su alto valor patrimonial requería un acto consciente del sujeto. Así, por ejemplo, se exige para la enajenación de bienes inmuebles.

Actualmente, sin lugar a dudas puede afirmarse que muchos bienes de naturaleza mueble, superan ampliamente el valor de un inmueble o por lo menos resultan equivalentes y sin embargo, para su enajenación no se requiere solemnidad. Tal es el caso de vehículos automotores de alta gama.

Este planteo realizado en la doctrina, ha desencadenado interrogantes acerca de la necesidad de la exigencia de la solemnidad en nuestro derecho.

Concretamente en el tema objeto de estudio, la existencia de dicha exigencia, limita el ámbito en que los contratos electrónicos son socialmente útiles y/o jurídicamente viables, por lo que la revisión de su necesidad entiendo debería ser puesta a consideración por el legislador.

⁵⁸ Noblía, Aída. Obligaciones pactadas mediante medios informáticos. Ob. Cit. Págs. 69 y ss.

7.3.2 Otras consideraciones en torno a los caracteres de la propuesta.

Consecuencia de la falta de alguno de los caracteres

Existen otros requisitos (o caracteres) discutidos en la doctrina nacional. El primero de ellos, hace referencia a si debe determinarse o no el destinatario en la oferta para que pueda considerarse como tal.

Así ORDOQUI⁵⁹ plantea como requisito que debe identificarse al destinatario y estar dirigido a él estableciendo que de no ser así sería una policitud sin efecto vinculante. Es decir que para Ordoqui, la oferta realizada al público, a personas indeterminadas, no constituye una oferta porque no se cumple con el carácter recepticio de la misma, debe estar dirigido y llegar a conocimiento de una persona concreta, porque se le atribuye a esta el poder de aceptar, de modo tal que, si la oferta llega a otra persona, la oferta se tiene por no hecha. Esta postura concuerda con lo establecido en el artículo 519 del Código de Comercio: *“las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular, no obliga al que las ha hecho.”* Entiende que debe individualizarse la persona a la que va destinada la oferta⁶⁰, de modo contrario la oferta no es completa. Tanto la oferta como la aceptación deben ser recepticias y están pensadas para que lleguen a la otra parte. Si no existe determinación del destinatario como en la oferta al público, se trata de una invitación a ofertar.

A diferencia de la propuesta, en la invitación a ofertar se pretende que el que formule la propuesta es la otra parte, la finalidad es provocar la propuesta, cambiando las cronologías de las decisiones. Para saber si estamos ante una u otra habrá que analizar si se presentan todos los caracteres analizados más arriba: si consideramos que se reúnen estamos frente a una propuesta, sino ante una invitación a ofertar.⁶¹

Enseña ORDOQUI que cuando se envían catálogos o se realiza una publicidad en un periódico de un producto o servicio, no se trata de una propuesta sino de una invitación a ofertar, *“que es una declaración unilateral de voluntad que no vincula ni engendra responsabilidad, dirigida a quien puede ser contratante, puede ser a través de envío de*

⁵⁹ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 54.

⁶⁰ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 60.

⁶¹ En Sentencia N° 90/2020 de fecha 23 de junio de 2020, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Civil de 5° Turno, la actora sostuvo que el envío de una Orden de Compra configuró una oferta y que el contrato celebrado por medios electrónicos (por correo electrónico) había quedado perfeccionado cuando se recibió, por el mismo medio, los estados de cuenta y facturas relativas a la orden de compra (se interpretó como aceptación); mientras que la parte demandada sostuvo que no se trató de una oferta, sino de una invitación a ofertar, la que además estaba condicionada y, por lo tanto, sostuvo que el contrato no quedó perfeccionado. La Sentencia hace énfasis en las condiciones – suspensivas y resolutorias - concluyendo que el contrato no se formó por no existir propuesta y aceptación coincidentes. Consultada en BJA (Base de Jurisprudencia Nacional).

*catálogos, lista de precios, etc. Simplemente es una invitación a contratar a la espera de una aceptación.*⁶²

La persona que realiza la invitación a ofertar, se coloca en una situación de expectativa⁶³ quedando a la espera de que el otro formule efectivamente la propuesta, que luego podrá aceptar o no porque está en libertad de hacerlo.

Muy a menudo se ven carteles en propiedades colocados por inmobiliarias con la leyenda: “SE VENDE ESTA PROPIEDAD. Se escuchan ofertas” o incluso antes de construir el futuro edificio de apartamentos, por ejemplo, lo que se traduce en un claro propósito de “invitar a ofertar” trasladando la iniciativa a otro sujeto.

Estaremos frente a una invitación a ofertar y no una propuesta, cuando no se realiza en forma completa, que es uno de los caracteres de la propuesta. Así, cuando una persona realiza una publicación estableciendo que busca arrendar una propiedad en determinada zona, a un precio tal y con especificaciones de las comodidades, no hace más que esperar una propuesta de otra persona que tenga para arrendar una propiedad con esas características. Pero esa publicación no lo obliga a contratar. No es una propuesta autosuficiente para que el contrato pueda formarse con la aceptación de otro sujeto (que, en el ejemplo, tiene una propiedad de las características solicitadas y está dispuesto a arrendarla al precio solicitado).

Cuando existan atenuaciones en la oferta, por ejemplo, estableciendo que es “no vinculante” o que queda “sujeta a ratificación”, o que se diga que es una “oferta sin compromiso”, se considera que estamos en presencia de una invitación a ofertar, porque no se presenta la intención de obligarse requerida para que la oferta sea tal.⁶⁴

GAMARRA ha señalado que *“en general se entiende que la exposición de mercaderías en los escaparates aún con indicación de precio, no constituye una propuesta, sino un anuncio, que debe interpretarse como invitación a contratar.”*⁶⁵ Esto podría extenderse a los productos y servicios ofrecidos en la Web que sería como una tienda electrónica. Sin embargo, más adelante cita a SZAFIR quien sostiene que la Ley de Relaciones de Consumo innova en este aspecto ya que el artículo 12 establece que la oferta puede estar dirigida a personas determinadas como indeterminadas, vale decir, las propuestas dirigidas al público son ofertas – por lo tanto, con efecto vinculante - y no invitaciones a ofertar, son propuestas de contratar eficaces por lo que su sola aceptación determina el perfeccionamiento del contrato, sin necesidad de actos posteriores. Agrega que anteriormente a ésta ley, el Código Civil no plantea esta posibilidad exigiéndose – concordante con ORDOQUI – que la propuesta se

⁶² Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Págs.42 y ss.

⁶³ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 155.

⁶⁴ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 53.

⁶⁵ Gamarra.Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág 107

realice a persona determinada. El artículo 12 dispone que las ofertas pueden ser *“transmitidas por cualquier medio de comunicación”* - dando apertura a la oferta por Internet - dirigidas a sujetos indeterminados, posibilidad que no existe en el Código Civil. Y de acuerdo al artículo 14, dichas ofertas obligan al oferente, dando protección al consumidor sobre la certeza de la oferta. GAMARRA critica esta posición, es decir la no regulación en el Código Civil y sí en la Ley, estableciendo que la determinación o no del destinatario de la oferta no está discriminada en el Código y es perfectamente aceptable con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

Es decir, que en el ámbito de las relaciones de consumo reguladas por la Ley N° 17.250, expresamente se establece que la oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada una verdadera propuesta. No sucede lo mismo fuera de las relaciones de consumo porque lo que existen dos doctrinas al respecto. Una entiende que la oferta es una verdadera propuesta de contratar siempre que sea completa, siendo la misma vinculante para el emisor de manera que, si es aceptada, el contrato queda formado. Así, en la doctrina italiana, MESINEO cita como ejemplo a la *“oferta de objetos por medio de aparatos automáticos”*.⁶⁶ Y otros consideran que la aceptación no perfecciona el contrato porque no es una propuesta sino que, al tratarse de una invitación a ofertar, requiere de la aceptación de quien realizó la publicación.

En este sentido, VIEGA y HERNÁNDEZ nos dicen que *“Si se trata de un contrato dirigido a los consumidores, donde existe en el sitio la posibilidad de aceptar, estamos ante una oferta. Si es necesario que el visitante envíe una propuesta que será posteriormente aceptada por el proveedor, estamos ante una invitación a aceptar.”*⁶⁷

Entiendo que el Código Civil también incluye dentro del concepto de oferta a aquella propuesta que está dirigida a sujetos indeterminados, porque el artículo 1262 refiere al contrato, por eso hace referencia a *“las partes”*, pero la propuesta, como se analizó, se encuentra en una etapa anterior al contrato y es necesario visualizarlo desde la óptica de la emisión de la voluntad estrictamente como tal.

CAFFERA ensaya una solución para quienes entienden que fuera del ámbito de los consumidores, la publicidad de productos por la web dirigida a personas indeterminadas no son propuestas. Plantea que podría entenderse *“que lo que los sitios Web contienen es no sólo una propuesta de contratar, sino un mecanismo de aceptación pre determinado. Esto es, un sitio Web contendría, en el comercio entre empresarios, una invitación a realizar ofertas, y esa invitación estaría generalmente acompañada de un mecanismo de aceptación automático predispuesto por medio del cual el propio servidor confirma la recepción del pedido y la*

⁶⁶ Caffera, Gerardo. *“Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento”* Ob. Cit. Pág. 605. Cita a Mesineo. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I, EIEA, 1986, pág. 318.

⁶⁷ Viega Rodríguez, María José y Hernández Varela, María Jimena. *Derecho Informático e Informática Jurídica II*. FCU, 1° Edición, 2018, pág. 136.

celebración del contrato. El contrato se perfecciona, entonces, con la recepción de esa respuesta del servidor si ese mecanismo de respuesta automática no está incluido en el servidor, el contrato no se perfecciona hasta tanto el titular del sitio web no comunique su aceptación."⁶⁸

La solución que plantea Caffera es, en mi opinión, una explicación "artificial". En primer lugar, porque no todos los servidores prevén la posibilidad de este mecanismo de aceptación automática predispuesto, lo que dificultaría su aplicación para los casos en que ello no es posible, manteniendo la discusión antes señalada. Por otra parte, al menos en Uruguay, no existe la obligación de establecerlo como el autor lo plantea, salvo en materia de seguros. Frente a éste análisis, se plantea qué sucede cuando no se recibe ese mensaje, ¿estamos frente a una invitación a ofertar?

Además, al decir que el contrato se perfecciona con la recepción de esa respuesta del servidor, no se ajusta a lo que establece nuestro derecho positivo y se estaría modificando el momento a partir del cual el contrato se considera perfeccionado. No se formaría con la recepción de la aceptación por el oferente, sino a partir de la recepción por el aceptante de la respuesta del servidor. Por lo que no se comparte esta solución.

7.3.3 Ofertas a través de Internet ¿Oferta o invitación a ofertar?

La propuesta en la Web está dirigida a sujetos indeterminados y ello determina que parte de la doctrina entienda que no se está frente a una verdadera propuesta de contratar.

Todos los días observamos cómo se publicitan determinados productos o servicios a través de Internet, siendo que en algunos casos se brinda cierta información relativa al precio, las formas de pago, las características del producto, pero otras veces dicha información no es proporcionada. Se plantea entonces si se trata o no de una oferta cuando contienen datos y descripción de características para que puedan adquirirse. Si es suficientemente precisa y contiene todos los elementos suficientes puede tratarse de una oferta, sin importar que estén dirigidas al público en general porque, como se expresó, en el sistema de la Ley de Relaciones de Consumo admite el carácter vinculante de la oferta, aun cuando se realice a personas indeterminadas. Si, por ejemplo, quien ve la publicidad puede aceptar sin más haciendo un click, es decir, con todos los elementos de la oferta analizados, será una oferta, o si existe la posibilidad de que pueda enviar su propuesta que luego será analizada por quien realizó el aviso estaremos frente a una invitación a ofertar.

⁶⁸ Caffera, Gerardo. "Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento." Ob. Cit. Pág. 605.

La invitación a ofertar la vemos cuando se publica un producto para la venta, pero se subasta a la oferta de mayor valor.

Para asegurar que estamos frente a una oferta y no de una invitación a ofertar, lo más importante es determinar si el destinatario tiene la facultad de aceptar sin más. Si no es posible materializar la aceptación, no se podrá perfeccionar el contrato.⁶⁹

La oferta en el contrato electrónico *“se traduce en el envío de un catálogo, prospecto o cualquier método de promoción de ventas. Estos acuerdos requieren la aceptación del destinatario de la oferta.”*⁷⁰

Cuando estamos frente a relaciones de consumo, no surgen dudas de que la propuesta con la información suficiente, es una oferta porque así está regulado en la Ley.

Ahora bien, fuera de las relaciones de consumo, por ejemplo, en la venta de productos entre empresas o entre particulares no consumidores, interesa destacar la diferencia entre ofertas e invitaciones a ofertar, porque en el primer caso el contrato quedará formado con un click y en el segundo caso, será necesaria otra manifestación de voluntad del que realizó la publicación del producto. Entiendo que, si la propuesta es completa y precisa, no caben dudas que se trata de una oferta. En este caso, la aceptación forma el contrato cuando ésta es recepcionada por el oferente y a partir de ese momento debe cumplir por lo que, si por ejemplo, el producto ya fue vendido por otro medio, responderá por incumplimiento frente al aceptante, porque el contrato ya está formado y aunque no sean consumidores, el contrato se basa en relaciones de confianza, buena fe, expectativa, responsabilidad por las declaraciones.

7.3.4 Fuerza vinculante de la propuesta

Uno de los temas que se ha planteado tiene que ver con el valor jurídico de la oferta. La fuerza vinculante de la propuesta repercute en una serie de interrogantes respecto a si la propuesta tiene algún valor antes de la aceptación, si puede ser revocada antes del perfeccionamiento del contrato, es decir, cuál es el alcance de su obligatoriedad, si la tiene y si la misma se mantiene aun cuando el proponente fallece. La respuesta afirmativa a esta última interrogante implica que la propuesta se traslada a los herederos del proponente y se justificaría por la seguridad en la contratación y en el no vulnerar las expectativas del destinatario, eventual aceptante.

Encontramos dos posiciones.

⁶⁹ Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Ob. Cit.

⁷⁰ Braga Fusta, María Mercedes. Argentina. “TEMA: II ANALISIS SONBRE LA CONTRATACION MERCANTIL MODERNA Y CONVENIOS DE SINDICACION” XVII Jornada Nacional del Notariado Novel. XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur. En Salto, Uruguay. Año 2016

Por un lado, se entiende que la oferta no tiene fuerza obligatoria mientras no es aceptada porque la declaración unilateral de voluntad no es fuente de obligaciones. El que realiza la propuesta puede retractarse mientras no llegue al destinatario y aún después, siempre que no la haya aceptado y la aceptación llegue al proponente.

La segunda posición, entiende que en ciertos casos existe eficacia de la oferta antes de la aceptación. Para que la oferta sea seria, necesariamente debe tener un plazo y respetarse. ORDOQUI⁷¹ cita como ejemplos la normativa de Alemania, Suiza e Italia donde se establece que el proponente queda vinculado a la oferta a no ser que se haya excluido la vinculación.

ORDOQUI cita a MENÉNDEZ MATO⁷² quien, al estudiar la naturaleza jurídica de la oferta, expresa que es necesario diferenciar las teorías unívocas que consideran que la naturaleza es siempre la misma sin importar el tipo de oferta, la definen como actos jurídicos prenegociales, anteriores al contrato pero que producen determinados efectos para que pueda alcanzarse el contrato y cuando esto ocurre se convierten en actos negociales. En cambio, las teorías dualistas, las distingue según las características de la oferta, ya que entienden que no es lo mismo la oferta vinculante que hace imposible su revocación dentro de cierto plazo, que aquella que no lo es. Si es vinculante se trata de un negocio jurídico unilateral donde se le confiere al destinatario un derecho potestativo de aceptar y confeccionar el contrato.

Nuestro Código se afilia a la posición del derecho francés, donde la propuesta no hace nacer ninguna obligación. Las obligaciones surgen, de acuerdo a lo que establece el artículo 1246, *“del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos”* y en el inc. 1 del artículo 1262 se afirma que *“no habrá consentimiento obligatorio sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra”*.

La propuesta será válida sólo si es aceptada (artículo 1262, inc. 1). Es decir, con la oferta sin aceptación, no hay obligación. El carácter revocable de la propuesta surge del artículo 1263 y a su vez el artículo 1265 y 1268 establecen expresamente que la propuesta no pasará a los herederos del proponente en caso de fallecimiento porque no existe estrictamente una *obligación*. Y no lo es porque se trata de una declaración unilateral de voluntad que no es fuente de obligaciones

Por lo tanto, en nuestro derecho, en las relaciones paritarias, es decir, fuera de las relaciones de consumo, la propuesta simple es de principio revocable, por lo que no genera fuerza vinculante; puede revocarse antes de que llegue al destinatario o incluso después, siempre que la aceptación no haya llegado al proponente. Luego de recibir la aceptación, no es que la propuesta se vuelve irrevocable, sino que ya existe el *“acuerdo de voluntades”*

⁷¹ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Págs. 59 y ss.

⁷² Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 48. Menéndez Mato. Ob Cit. Pág. 78.

exigido por el artículo 1246 para que el contrato quede perfecto, es decir, ya hay consentimiento. La facultad de revocar que se le concede a la propuesta en nuestro Código Civil es incompatible con la afirmación de que existe una obligación en la oferta. Esta posición ha sido sostenida por GAMARRA⁷³ y PEIRANO FACIO.⁷⁴

Que la propuesta no tenga fuerza vinculante, por su carácter esencialmente revocable, no significa que, al hacer uso de ella, no pueda generarse responsabilidad precontractual.

En cuanto a la propuesta u oferta realizada en el marco de las relaciones de consumo, si bien del inciso primero del artículo 12 de la Ley 17.250 puede inferirse su fuerza vinculante por cuando establece que la oferta *“vincula a quien la emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo que se realice”*, más adelante se establece que *“Durante el plazo de vigencia de la oferta, incluso si éste es más extenso que el previsto en la presente ley, la oferta será revocable.”* Entiendo que se intentó otorgar fuerza vinculante a la oferta, pero al establecerse su revocabilidad, su regulación no difiere del régimen del Código Civil para los contratantes no consumidores.

Vinculado a la contratación electrónica, los autores TÉLLEZ y BECERRIL⁷⁵ hacen referencia al carácter vinculante de la oferta atendiendo a la imputabilidad de la declaración de voluntad de quien se sirve del medio electrónico. Nos dicen que *“En la contratación electrónica la presencia del oferente en la Red, no constituirá una oferta o propuesta de contratación en el sentido técnico-jurídico de oferta de carácter vinculante para el que la formula. El carácter de medio o acceso abierto que tienen las páginas o sitios de Internet supone que cualquier interesado pueda acceder a través de un dispositivo electrónico a la Web de un oferente, pero no implica que el titular de la página sea siempre el oferente, ni que esté dispuesto a celebrar un contrato electrónico, ni menos aún que esté formulando una oferta de contrato.”*

Agregan que el oferente debe identificarse con el destinatario o que su identidad, domicilio completo, razón social, correo electrónico y dirección sean accesibles tanto para el oferente como para el destinatario. Estos datos pueden surgir de la página Web del oferente en caso de tenerla. Establecen que la información pre-contractual debe contener información clara y exacta sobre el producto o servicio que se ofrece, como el precio y las condiciones.

Por otra parte, distinguen las comunicaciones electrónicas donde las comunicaciones son individuales y personalizadas, como las que se realizan vía email, de las comunicaciones electrónicas en plataformas o páginas web, en formato de contratos de adhesión, que apuntan hacia una contratación de consumo, denominados wraps.

⁷³ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 164.

⁷⁴ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág 59. Cita a Peirano Facio, Jorge. Obligaciones. Tomo I, pág. 49.

⁷⁵ Téllez, Julio y Becerril, Anahiby. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Comercio Electrónico. Ob. Cit. Págs. 173 y ss.

7.3.5 Propuesta irrevocable

El principio es que la propuesta es revocable en las condiciones que se analizaron precedentemente, comúnmente llamada por la doctrina como “propuesta simple”, pero el artículo 1265 también regula la “propuesta irrevocable”, carácter que sólo puede concederle el proponente.

El fundamento de su existencia, explica GAMARRA⁷⁶ se justifica porque determinados negocios por su complejidad, requieren de un minucioso estudio antes de concluir si es o no ventajoso. De esta forma, el destinatario tiene la seguridad de que luego del análisis que realice, la propuesta se mantiene.

En Uruguay ha surgido la discusión respecto a la naturaleza jurídica de la propuesta irrevocable: algunos entienden que el proponente asume una obligación de no hacer (negocio obligacional) y otros entienden que se renuncia a la facultad de revocar (negocio dispositivo extintivo).

En el primer caso, la consecuencia es el incumplimiento de la obligación, en el segundo caso, aunque se intente la revocación no tendrá efecto por lo que la formación del contrato depende enteramente del destinatario de la propuesta (lo que no implica que con la voluntad unilateral se forma el contrato).

7.3.6 Actitudes del destinatario de la propuesta

Quien tiene la libertad de “*aceptar*” es el destinatario de la propuesta. Se dijo que la propuesta es una declaración unilateral de voluntad recepticia porque la finalidad es buscar una reacción en el destinatario de la misma. Frente a la propuesta, el destinatario puede:

1- Rechazarla. En este caso el contrato no se forma y se extingue el proceso de formación del contrato, se pone fin a las tratativas.

2- Guardar silencio. Importa determinar qué valor tiene el silencio, esto es, si puede valer como manifestación tácita de voluntad. GAMARRA⁷⁷ nos enseña que debemos distinguir los casos en que la ley le asigna valor al silencio o no lo hace, ya que en el primer caso es indiscutible su trascendencia. Agrega que existen dos casos en nuestro Código Civil en lo que se le atribuye valor al silencio dentro del derecho de los contratos: en el artículo 2053 inc. 3° que establece que el mandato tácito “*tiene lugar cuando el dueño del negocio está presente o sabe la gestión que otro hace por él, y calla o no lo contradice*” y en el artículo 2294, inc. 2° en materia de prenda

⁷⁶ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 201.

⁷⁷ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 278.

que nos dice que la prenda de cosa ajena vale cuando el dueño “*estando delante, calla y no contradice*”. En los dos casos, el legislador entiende que el silencio implica asentimiento, por lo que, en caso de no querer este resultado, se le impone la carga de expresarse – contradecir - El silencio también puede tener valor o considerarse como asentimiento o rechazo en el caso de que las partes así lo hayan establecido contractualmente. GAMARRA plantea que el silencio, por sí solo, no puede servir para exteriorizar la voluntad. En cambio, el silencio valorado en función de otras circunstancias, actos positivos, que lo rodean y acompañan, puede corresponderse con lo que denomina “conducta concluyente”.

3- Aceptarla pura y simplemente. Con la aceptación queda perfeccionado el contrato. Se trata de una segunda manifestación de voluntad que junto con la primera – la propuesta – forman el consentimiento.

La aceptación, debe tener determinados requisitos. Debe coincidir en un todo con la propuesta, como una llave a la cerradura, lo que se deduce del artículo 1267 que expresa: “...*Se mirará la propuesta como no aceptada, si la otra parte la modificare en cualquier sentido...*” (subrayado agregado). De modo que el destinatario sólo debe adherir⁷⁸ a la propuesta recibida, debe ser pura y simple.

La aceptación debe ser tempestiva, es decir, debe llegar antes del fallecimiento o incapacidad del proponente o antes de que la revoque. Además, el Código hace referencia a la aceptación tardía cuando el proponente establece un plazo – si la aceptación llega después de cumplido el mismo, el contrato no se forma porque la propuesta se encontraba extinguida – y cuando no se establece plazo, pero la aceptación llega luego de los plazos establecidos por el legislador. Si es verbal entre presentes, la propuesta debe ser inmediatamente aceptada y si es entre ausentes el artículo 1266 establece dos reglas: si las partes viven en la misma ciudad, la aceptación debe darse dentro de las 24 horas y si no es así se establece un plazo de 30 días más lo que se requiera para que la propuesta y aceptación lleguen a destino. En el caso de que el proponente no haya fijado plazo, la aceptación tardía será eficaz⁷⁹ y el contrato queda formado a menos que el proponente haya participado su cambio de determinación, teniendo la carga de la comunicación con la finalidad de

⁷⁸ Aclara Gamarra que la adhesión debe ser “total y completa, esto es, sin reservas ni limitaciones... No puede cambiar la propuesta (modificarla) y tampoco aceptarla por partes o condicionalmente.” Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Págs. 170 y 171.

⁷⁹ Igual solución que el Código de Comercio que en el artículo 204 establece: “*El contrato por cartas se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que acepta el negocio llega al proponente. Hasta ese momento, está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a no ser que al hacerla, se hubiese comprometido a esperar contestación, y a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su oferta, o hasta que hubiese transcurrido un plazo determinado (artículo 205).*”

manifestarle al destinatario que no admitirá una aceptación tardía, extinguiendo la propuesta.

Sólo puede aceptar la propuesta el destinatario de la misma o su representante.

4- Modificarla. Es la posición intermedia entre el rechazo y la aceptación porque le introduce alteraciones. Continúa el proceso de formación del contrato ya que implica una “*nueva propuesta*”. Puede estar de acuerdo con las cláusulas “esenciales” del contrato (por ejemplo, si se trata de una compraventa puede estar de acuerdo con la cosa y el precio), pero si difiere en algún otro aspecto, aunque secundario, como ser la forma de pago, cantidad de cuotas, implica una alteración a la propuesta.

Que la propuesta sea modificada determina, en primer lugar, que se extingue, pero a su vez hace nacer una nueva propuesta que surge del destinatario de la propuesta original (inc. 2 del artículo 1267). Se invierte el orden de las partes donde el proponente deviene aceptante y el destinatario de la primera propuesta deviene proponente. Si el que primero realizó la propuesta, que es ahora el destinatario de esta nueva propuesta, la acepta, queda formado el contrato. Si no se considera extinguida la primera propuesta, el destinatario podría conservar la potestad de aceptarla en cualquier momento. También se ha sostenido que la modificación de la propuesta se traduce en la voluntad del aceptante de continuar con las tratativas sobre la base de la propuesta originaria que no caduca.⁸⁰ Pero parecería que no es la solución que da nuestro Código.

7.4 ACEPTACIÓN

La aceptación de la propuesta es una manifestación de voluntad que pone fin a la etapa de las tratativas. No solo la propuesta es de carácter recepticio, también lo son la aceptación, la revocación de la propuesta y de la aceptación.

GAMARRA define a la aceptación como “*la manifestación de voluntad del destinatario de la propuesta, que admite la oferta recibida, la aprueba y se conforma con ella; se trata de una segunda manifestación de voluntad que se enlaza con la primera para formar el consentimiento. Como el consentimiento es el acuerdo de voluntades, solo existe aceptación cuando el destinatario de la propuesta expresa una voluntad congruente o coincidente con la oferta.*”⁸¹

El artículo 1265 del Código Civil establece que el contrato queda perfeccionado cuando “*la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente*”. La doctrina⁸² establece que

⁸⁰ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 174 .

⁸¹ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 117

⁸² Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág 181.

cuando el contrato es entre presentes el proponente se entera instantáneamente de la respuesta del que aceptó, lo que no quiere decir que dejen de ser recepticias porque son declaraciones que están dirigidas a otro sujeto que debe tomar conocimiento de la misma. En cambio, cuando el contrato es entre ausentes, no basta con que la declaración de aceptación sea emitida, sino que se requiere algo más: que llegue al destinatario.

Este plus, el carácter recepticio, es una exigencia de nuestro derecho, pero no es así en todos los sistemas.

La excepción a esta regla en nuestro derecho puede verse con la aceptación tácita, por ejemplo, el artículo 2058 establece que se considera que el mandato ha aceptado el encargo cuando ha empezado a ejecutarlo.

En las relaciones de consumo, la aceptación por vía electrónica es habitualmente denominada con el término inglés “click-wrap”, ya que se concreta mediante la pulsación o “clickeo del mouse” de la computadora. Es así que la voluntad de contratar se manifiesta a través de gestos y las cláusulas escritas son sustituidas por ese acto de los contratantes que forman parte de su consentimiento. El eventual aceptante, tiene la opción de hacer click sobre el botón “aceptar” o “rechazar”.

7.4.1 Revocación o retiro de la aceptación

Una vez aceptada la propuesta puede ser revocada, siempre que no haya llegado al proponente, ya que en caso contrario el contrato está formado. Se habla del retiro material de la aceptación porque ésta no ha llegado al proponente.

A diferencia de la propuesta, la aceptación solo puede revocarse o retirarse antes de que llegue al proponente; en cambio la propuesta puede revocarse aún después de que llegue al destinatario siempre que sea antes de que le llegue la aceptación. De esta manera, el proponente puede *retirar* la propuesta e interrumpir el proceso de formación del consentimiento antes de que ocurra la aceptación (por lo tanto elimina la facultad de aceptar del destinatario) o bien puede *revocarla* cuando ya llegó al destinatario (impide la eficacia de la aceptación que es el perfeccionamiento del contrato⁸³). En este sentido, la aceptación sólo admite el *retiro* de la misma también impidiendo su eficacia – antes de que llegue al proponente – pero no cabe la revocación porque el contrato ya quedó perfeccionado.⁸⁴

Si la comunicación es instantánea, no parece haber lugar para la revocación, (tanto si se trata de un contrato electrónico con comunicación instantánea, por ejemplo, videoconferencia o en la contratación entre presentes en la modalidad tradicional). Ahora bien,

⁸³ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 196.

⁸⁴ De acuerdo a lo que se dirá más adelante, nuestro derecho recoge como regla el sistema de la recepción.

qué sucede si la propuesta y/o aceptación se da en forma discontinua, como puede ser a través de un e-mail. Es decir, supongamos que se recibe una oferta por correo electrónico, la misma es aceptada a los pocos días. El proponente puede revocar su declaración antes que llegue la aceptación. En cuanto al que aceptó, puede retirar su declaración hasta que el mensaje entre en la esfera de control del destinatario⁸⁵

Es necesario determinar cuándo un mensaje de datos ha sido emitido o recibido.

En este sentido, en el artículo 15 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL, se establecen las siguientes reglas, salvo pacto en contrario por las partes:

Se considera que el mensaje de datos está expedido *“cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.”*

El mensaje tiene que haber salido de su sistema de control y haber ingresado en el sistema de información de otro, o bien del destinatario o bien de un tercero como intermediario de la transmisión. Si lo asimilamos al mensaje epistolar, equivale a cuando la carta es entregada al correo, sale de su órbita de control.

Es decir que cuando se envía el mensaje y sale de la casilla de correo electrónico sin posibilidad de recuperarlo, se tendrá por expedido.

La recepción, al igual que la expedición, no depende de que llegue a un sistema de información porque lo que importa para considerarse expedido es que el mensaje no permanezca en la órbita de control del iniciador del mismo y por otro lado para el receptor, importa que tenga la *disponibilidad* en su esfera de control de la decodificación para conocer el mensaje.⁸⁶

Luego establece cuándo el mensaje de datos se considera recepcionado distinguiendo si el destinatario designó o no un sistema de información para dicha recepción. Si lo hizo, *“la recepción tendrá lugar: i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos.”*

⁸⁵ Conceptos desarrollados más adelante.

⁸⁶ Regulado en el apartado 2: *“2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:*

“a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:

“i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; “b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario”.

Para el caso de que el sistema de recepción no haya sido designado por el destinatario, se considerará recepcionado “*al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario*” aun cuando esté ubicado en lugar distinto a su establecimiento.

Si no existe delimitación del sistema, se establecen determinadas pautas. Es decir, se trata de establecer un modelo que sirva de marco para regular el sistema de expedición y recepción.

En relación a cuándo se considera recibido el mensaje, algunos sistemas, como en México⁸⁷, distinguen los casos en que el destinatario haya o no designado un sistema de información para recibir la aceptación. Si lo hizo, el contrato se entenderá perfeccionado cuando el mensaje que comunica la aceptación, ingresa en el sistema de información designado, por ejemplo, un correo electrónico. Si se realiza en un sistema diferente al designado, el contrato se considera perfeccionado, cuando el oferente recupera el mensaje; si es por correo electrónico, será en el momento que abra el mensaje. Si no se designó, el contrato quedará perfeccionado cuando el mensaje que contiene la aceptación, ingrese a cualquier sistema de información cuyo titular sea el destinatario. La particularidad en el derecho mexicano⁸⁸ radica en que tiene regulado el acuse de recibo, y establece la presunción que se ha recibido el mensaje de datos correspondiente cuando se recibe acuse de recibo del destinatario de dicho mensaje.

7.5 CONSENTIMIENTO

En nuestro derecho, el contrato es una convención, como lo indica el artículo 1247 del Código Civil, lo que significa que es un acuerdo de voluntades de las partes⁸⁹ que son los destinatarios del vínculo obligacional que surge del contrato. Puede ser bilateral o plurilateral, necesitará al menos de dos partes, lo que lo diferencia de los negocios jurídicos unilaterales.

El consentimiento es el primer elemento enumerado en el artículo 1261: “*consentimiento de las partes*” a diferencia del Código Civil francés que dice “*consentimiento de la parte que se obliga*”. ¿Cómo se forma el consentimiento en nuestro derecho? No alcanza con la voluntad de querer obligarse porque la voluntad que está en la psiquis del sujeto, no sirve para perfeccionar el contrato, debe ser declarada y tampoco es suficiente con las declaraciones de voluntad coincidentes, sino que es necesario que las partes hayan querido

⁸⁷ Rojas Amandi, Víctor Manuel. El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. Revista de Derecho Privado, nueva época, año VI, núm. 16-17, enero-agosto de 2007, págs. 188 y ss. En Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Recuperado de [EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA | Rojas Amandi | Revista de la Facultad de Derecho de México \(unam.mx\)](#) Consulta del 18/09/2020.

⁸⁸ Tal como se analiza más adelante en el capítulo titulado “Aviso de recibo” – Capítulo 9.

⁸⁹ Numerosas disposiciones del Código Civil hacen referencia “a las partes”. Por ejemplo, los artículos 1261 ya mencionado, 1252, 1262, 1776.

la coincidencia⁹⁰, las voluntades convergen hacia un fin común. Para hablar de manifestación de voluntad negocial, tendiente a la formación del consentimiento, tienen que orientarse hacia un fin común.⁹¹

Cuando conceptualiza al consentimiento, ORDOQUI⁹² expresa que en “*su acepción gramatical más usual es sinónimo de autorización, aprobación, aquiescencia o permiso.*” Pero agrega que esta definición resulta insuficiente porque no sólo se autoriza o se da permiso, sino que con el consentimiento se crea una obligación, una norma para las partes. El codificador utiliza el término consentimiento como “*cum sentire*”, sentir con otro, estar de acuerdo.

El consentimiento es el resultado del concurso de voluntades al que hace referencia el artículo 1246 donde cada parte manifiesta su intención a través de una declaración con la intención de llegar a un acuerdo.

Agrega ORDOQUI que, a la hora de definir el consentimiento, generalmente la doctrina hace énfasis en la existencia de la concurrencia de voluntades, pero que no debe olvidarse que las mismas refieren a un objeto y a una determinada causa de un contrato, ya que de no ser así, el consentimiento se presentaría como “vacío”.⁹³ Cita como ejemplo al contrato de compraventa, donde el consentimiento de las partes refiere a una cosa y a un precio y a las obligaciones propias de ese contrato. No se trata – dice – de la suma de las dos voluntades declaradas, sino de la combinación de ambas con la finalidad de regular sus propios intereses.

GABRIEL FERNÁNDEZ⁹⁴ señala que debido a que el consentimiento es el único elemento esencial que puede formarse progresivamente, coincidirá la formación del mismo con el perfeccionamiento del contrato. Agrega:

Esta coincidencia fue expresamente reconocida por el propio legislador uruguayo, quien en el art. 1265 del Código Civil, ubicado en sede de consentimiento, estableció que “El contrato (no el consentimiento) ... se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente.” Pero, por esa

⁹⁰ Por ejemplo, no alcanza con que Juan tenga la voluntad – el querer interno en el ámbito interior o psicológico - de comprarle el vehículo a Pedro por U\$S10.000 y que Pedro tenga la voluntad de venderle su vehículo a Juan por el mismo monto, sino que las partes deben exteriorizar esa voluntad, pero aún ello no es suficiente ya que deben tener la finalidad de hacer coincidir esas voluntades, manifestando sus voluntades a la otra parte, intercambiando las manifestaciones de voluntad a través de propuesta y aceptación.

⁹¹ No se plantea en este trabajo la problemática que se ha puesto de manifiesto en la doctrina en caso de discordancia entre la voluntad real y la declarada pero sí es importante aclarar que lo jurídicamente relevante es la declaración que responde al querer del sujeto, a su voluntad, no importando lo que queda en el fuero interno, lo no declarado.

⁹² Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 10.

⁹³ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 12.

⁹⁴ Fernández, Gabriel. Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento. Revista de la Asociación de Escribanos N° 81, 1995, pág. 53 y ss. Cita a Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XI, 1990, pág. 129-130.

aptitud que tiene el consentimiento (y que no poseen los demás elementos esenciales) de irse formando progresivamente, es el propio consentimiento el que se constituye en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente; lo que sucede es que al quedar formado el consentimiento, queda también perfeccionado el contrato, por estar presentes todos los requisitos esenciales establecidos en el art. 1261 del Código Civil.

7.5.1 Formación del consentimiento

De lo que viene de decirse, se concluye que el proceso de formación del contrato, esto es, el *iter formativo* del consentimiento, está constituido por diferentes momentos que se distinguen por la mayor madurez del elemento volitivo. Así, vemos que está conformado por los siguientes períodos y en el orden que se mencionan: tratativas (período eventual), propuesta, aceptación pura y simple, o aceptación con modificaciones (nueva propuesta).

En cuanto a la forma, salvo las excepciones donde el legislador exige la forma solemne, las partes son libres y no tiene por qué coincidir la forma de la propuesta con la forma de la aceptación. Si se trata de contratos solemnes, necesariamente el consentimiento debe expresarse mediante la forma impuesta por la ley ya que de lo contrario carecerá de validez.

El planteo respecto a cuándo queda perfeccionado el contrato, puede realizarse solamente cuando el consentimiento es progresivo, ya que de ser instantáneo no arroja dificultades.

Una vez que se forma el consentimiento, la propuesta y la aceptación dejan de ser unidades independientes para conformar una única unidad que es el consentimiento.

De lo expuesto puede decirse, según ORDOQUI, que los requisitos del consentimiento son⁹⁵:

- La existencia de dos o más declaraciones de voluntad que surjan de centros de interés opuestos
- Que se trate de declaraciones emitidas válidamente y en forma recepticia
- Y que las declaraciones de voluntad se integren recíprocamente.

⁹⁵ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Pág. 14.

8. SISTEMAS QUE FIJAN EL MOMENTO Y LUGAR EN QUE EL CONTRATO QUEDA PERFECCIONADO

Antes de alcanzar el perfeccionamiento del contrato a través del consentimiento, encontramos distintas etapas con intervalos de tiempos más o menos acotados, dependiendo si la relación se entabla entre presentes o ausentes.

Se trata de etapas que se cumplen en forma progresiva para alcanzar el consentimiento: emisión de la propuesta, recepción de la propuesta, conocimiento de la propuesta, emisión de la aceptación, recepción de la misma y luego su conocimiento. En base a ello, cada legislación ha elaborado diferentes soluciones para determinar en qué momento el contrato queda perfeccionado. Sin perjuicio de la existencia de diferentes sistemas que a continuación se exponen, es el legislador y no la doctrina la que decide en definitiva cuál es el que rige en cada derecho.

Es importante determinar cuál es el momento de perfeccionamiento del contrato para determinar la ley aplicable – la vigente en ese momento –, las reglas de la capacidad, la existencia del objeto de la contratación y demás elementos esenciales, teoría de los riesgos, etc.

8.1 SISTEMA DE LA DECLARACIÓN

En este sistema el contrato queda perfeccionado cuando el destinatario de la propuesta la acepta. En este caso, la aceptación no es una declaración de voluntad de carácter recepticio por cuanto la exterioriza, pero no se exige la comunicación al proponente para que surta efectos.

Esta teoría presenta el inconveniente de que el contrato queda formado sin que el proponente tome conocimiento y hace inviable la determinación del momento preciso del perfeccionamiento.

8.2 SISTEMA DE LA EXPEDICIÓN

Se requiere un paso más. No basta con que el destinatario de la oferta exteriorice la aceptación, sino que es necesario que esa emisión adquiera cierta independencia respecto a su persona, esto es, que luego de exteriorizada, quede fuera de su alcance. Por ejemplo, cuando ya envío la carta por correo, sin perjuicio de que existe la posibilidad material de un posterior retiro de la misma. A la voluntad de aceptar se le suma la voluntad de hacer conocer esa aceptación al proponente,⁹⁶ por lo que éste sistema tiene además la ventaja de tener una

⁹⁶ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 188.

fecha precisa para establecer el momento del perfeccionamiento, muy difícil de determinar en el sistema de la declaración.

8.3 SISTEMA DE LA RECEPCIÓN

El sistema de la recepción es el recogido en el Código Civil uruguayo a excepción de los casos expresamente excluidos: la aceptación tácita del artículo 2058 (teoría de la aceptación), en el caso de muerte o incapacidad de alguna de las partes regulado en el artículo 1268⁹⁷ y con el contrato de donación en el artículo 1620⁹⁸ pero deben considerarse normas especiales⁹⁹. En estos dos últimos casos el Código recoge la teoría del conocimiento.

En los sistemas expuestos el contrato se perfecciona sin que el proponente tenga conocimiento, sin perjuicio de la posterior comunicación. Con el sistema de la recepción el contrato queda perfecto cuando la aceptación “llega” al proponente.

GAMARRA señala que *“El concepto de recepción ha sido precisado por la doctrina refiriéndolo al momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer la respuesta; vale decir, cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste.”*¹⁰⁰

Expresa ALTERINI:¹⁰¹ *“La teoría de la recepción asume la idea de que, según quod plerumque accidit [lo que ocurre con frecuencia – agregado me pertenece], cuando la aceptación llega al domicilio del oferente, éste ha de conocerla; en su Anteproyecto de 1926, Biliboni señalaba concordantemente que “en el mundo de los negocios la correspondencia se entiende conocida desde su entrega en la casa o escritorio del destinatario”.*”

Por lo tanto, la declaración de voluntad realizada por medio de un e-mail surtirá efectos apenas llegue al sistema del receptor, a su casilla de correo electrónico, independientemente del momento en que sea abierto y su contenido llegue a conocimiento del destinatario. Lo que importa es que llegue a su esfera de control, es decir, que llegue al servidor donde está ubicada la casilla de correo del destinatario, no de conocimiento efectivo. Si bien el proceso de comunicación mediante correo electrónico implica como regla general que la comunicación es interrumpida, a diferencia de otras modalidades como el chat, al recogerse la teoría de la

⁹⁷ Artículo 1268 del Código Civil: *“Será de ningún efecto la propuesta, si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar: el proponente antes de haber sabido la aceptación y la otra parte antes de haber aceptado.”*

⁹⁸ Artículo 1620 del Código Civil: *“Mientras la donación no ha sido aceptada y se ha hecho conocer la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio.”*

⁹⁹ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 191.

¹⁰⁰ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 191.

¹⁰¹ Alterini, Atilio. Bases para armar la Teoría General del Contrato en el Derecho moderno. Ob. Cit. Pág. 292.

recepción, en realidad el contrato se forma – generalmente- de manera instantánea¹⁰², porque basta con que el mensaje ingrese a la casilla de correo del destinatario independientemente de su lectura, que puede ocurrir incluso días después.

No necesariamente es instantáneo, ya que algunos servidores de salida o de entrada retienen o rebotan mensajes o los demoran para verificaciones de seguridad. Mientras no se recepcione la aceptación en el servidor, no habrá contrato.

El artículo 11 de la Directiva de la 2000/31/CE del Parlamento Europeo, determina que los Estados Miembros deben establecer como principio que cuando se realiza un pedido de servicios por vía electrónica, el prestador del mismo debe acusar recibo sin demora y por vía electrónica. Y se recoge la teoría de la recepción por cuanto se establece que *“se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.”*

A veces las partes, fijan el momento en que el contrato quedará perfeccionado, lo que ocurre muchas veces en sistemas cerrados y contratos formados mediante EDI. Por ejemplo, el Modelo europeo de Acuerdo EDI opta por la teoría de la recepción en estos términos: *“se considerará celebrado el contrato en el lugar y momento en que el mensaje de EDI que contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente.”*

En Argentina, en el nuevo Código Civil y Comercial – artículo 971 – también se recoge la teoría de la recepción.

Lo mismo en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en la etapa de formación del contrato que adopta la teoría de la recepción (artículos 15.1, 18.2 y 24), al igual que los Principios UNIDROIT, que establecen que *“la aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente”* (artículo 2.6).

La ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996 destina su artículo 15 al tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, disponiendo criterios que determinan el momento de emisión y de recepción de los mensajes de datos. Así también, el artículo 10 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales determina el momento y lugar en que los mensajes electrónicos se entienden enviados o recibidos, siguiendo similares criterios a los de la Ley Modelo. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos prejuzga sobre el momento y lugar de perfeccionamiento de los contratos electrónicos.

¹⁰² Siempre considerando la inmediatez entre el envío y la recepción, esto es, sin interrupciones. Por supuesto que implica que ambas partes tengan conexión a Internet en forma continua.

8.4 SISTEMA DEL CONOCIMIENTO

Este sistema implica que el contrato se perfecciona en el momento en que el proponente toma conocimiento que el destinatario de la oferta finalmente aceptó. Pero tiene una serie de desventajas que hacen poco atractiva su incorporación, ya que si el proponente no abre la carta o el e-mail por ejemplo, el contrato nunca se forma, quedando el perfeccionamiento del mismo librado a una sola voluntad sin importar la efectiva aceptación del destinatario de la propuesta. Esto genera inseguridad en las contrataciones además de la dificultad de la probanza del momento en el cual el proponente tomó conocimiento de la aceptación.

9. AVISO DE RECIBO

Dado el carácter recepticio de la aceptación, es importante tener la certeza de que la misma llegó al destinatario, porque a partir de ese momento, el contrato está formado, por ende, deben cumplirse con las obligaciones asumidas en el mismo.

Para determinar con certeza el momento de perfeccionamiento del contrato electrónico a través de la recepción de los mensajes, algunos sistemas exigen el “aviso de recibo” que debe realizar el receptor de la aceptación, ya que no es suficiente con la confirmación de envío que pueda realizarse automáticamente por el sistema de información, sino que será necesaria una expresa declaración de recepción por parte del destinatario o del sistema de información que, en muchos casos se realiza automáticamente. Es decir, una cosa es el aviso de “envío” del mensaje de datos y otra cosa es el aviso de “recibo”.

El tema del acuse de recibo en la Directiva Europea ha generado debate respecto a determinar cuál es el rol del mensaje. En relación a la confirmación que realiza el que recibe la propuesta, CAFFERA entiende que depende de la forma en la que esté programado y de su contenido, ya que si implica solamente una confirmación de recepción, lógicamente no puede suponer una aceptación.¹⁰³ Que el destinatario de la propuesta, confirme la recepción, no significa que acepte la misma. Se trata de dos momentos en la etapa de formación del contrato que persiguen finalidades distintas: una tiende a dar certeza de la recepción, la otra a formar el contrato electrónico.

En el ámbito comunitario de la Unión Europea se han aprobado numerosas directivas sobre el comercio electrónico donde se enfatiza la necesidad de una unidad en la adopción de leyes que contribuyan a una mayor flexibilización en el comercio. Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, la más importante es la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio del año 2000 que constituye una regulación macro tendiente a la legislación por cada Estado Miembro para no entorpecer la contratación electrónica.¹⁰⁴

¹⁰³ Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Ob. Cit. Pág. 605.

¹⁰⁴ En su artículo 9 establece: *“Tratamiento de los contratos por vía electrónica.*

1. Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

2. Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes:

a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento;
b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública;
c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión;

En el artículo 11.1 primer guión establece que cuando el servicio es solicitado por vía electrónica, el proveedor debe acusar recibo del pedido *“sin demora indebida y por vía electrónica”* y lo importante es que se establece una presunción al indicar que se entiende que el pedido y el acuse de recibo han sido recibidos cuando las partes pueden tener acceso a los mismos.

Esta obligación no es aplicable entre empresarios que pacten en contrario y tampoco es aplicable cuando los contratos son *“celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente.”* Sería el caso de contratos EDI o celebrados en entornos cerrados.

PINOCHET aclara que *“Sin embargo, no todos los autores consideran adecuada la forma en que ha resuelto el problema de la perfección del negocio la Directiva sobre Comercio Electrónico, ya que, siendo el último acuse de recibo de resorte exclusivo del prestador de servicios, se considera que éste podría no hacerlo con el sólo objeto de evitar un contrato que se ha vuelto inconveniente para sus intereses.”*¹⁰⁵ Se establece que el oferente puede revocar su oferta aún después de haber conocido la aceptación, bastando para ello con no acusar recibo de la misma.

La Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico española (LSSICE), ha regulado en forma detallada el aviso de recepción en su artículo 28. Impone la obligación al oferente de confirmar la recepción de la aceptación dentro de las 24 horas siguientes de haber recibido la aceptación, mediante comunicación. Otorga la opción al oferente de utilizar otro medio propio de la contratación electrónica, cual es la confirmación del mensaje y también establece presunciones: *“En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.”*

En el Código de Comercio Mexicano, en el artículo 92 también se regula el acuse de recibo: cuando el emisor indicó que los efectos del mensaje quedan condicionados a la recepción del acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado

d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión las categorías a que hace referencia el apartado 2 a las que no se aplicará el apartado 1. Los Estados miembros enviarán a la Comisión cada cinco años un informe sobre la aplicación del apartado 2, explicando los motivos por los que consideran necesario mantener las categorías a que hace referencia la letra b) del apartado 2, a las que no aplicará el apartado 1.”

¹⁰⁵ Pinochet Olave, Ruperto. La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información. Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 273 - 302, 2005. Recuperado en [La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información: Parte II: La aceptación electrónica ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes? \(conicyt.cl\)](#) Consulta del 15/10/2019.

hasta tanto no se reciba el acuse en el plazo indicado o en un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio a partir del momento del envío del mensaje. En cuanto a la forma del acuse de recibo, si no se convino una determinada, ROJAS establece que *“se tiene por emitido mediante cualquier comunicación u acto del destinatario, como pudiera ser, por ejemplo, la expedición de las mercancías como acuse de recibo de un pedido de compra. Sin embargo, el artículo 92, no prevé el supuesto de que el iniciador haya solicitado unilateralmente que el acuse de recibo se haga de determinada forma. Esto implica que una solicitud unilateral del iniciador relativa a la forma del acuse de recibo no resulte jurídicamente obligatoria y que el destinatario tenga derecho a acusar recibo mediante cualquier comunicación o acto que sea tenido por suficiente para indicar al iniciador que el mensaje ha sido recibido.”*¹⁰⁶

Similar redacción da la Ley de Colombia N° 527/1999, en el artículo 20¹⁰⁷, pero se limita a que se considera que el mensaje de datos no ha sido enviado hasta no recibirse el acuse de recibo (también en la hipótesis en que el emisor lo haya solicitado o se haya acordado con el destinatario). La norma tiene su fuente en el art. 14 de la Ley Modelo UNCITRAL y está prevista para aquellos casos en que se ha pactado la necesidad del aviso de recibo. Trata varias cuestiones: no es necesario que el aviso de recibo se formalice por medio electrónico, se puede presumir de cualquier conducta de las partes y no existirá emisión del mensaje (en el caso la oferta) si se ha condicionado su eficacia misma al envío del aviso de recepción.

Tanto en la norma mexicana como en la colombiana, se prevé que el acuse de recibo pueda ser recibido por otro medio que no sea el electrónico, incluso puede presumirse de la conducta de las partes.

El artículo 1374 del Código Civil de Perú, para la hipótesis de la contratación entre ausentes, establece que: *“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos*

¹⁰⁶ Rojas Amandi, Víctor Manuel. El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. Ob. Cit. Págs. 183 y ss.

¹⁰⁷ Artículo 20 de la Ley 527/99 de Colombia: *“Acuse de recibo. Si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos. Si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo”*.

*u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.*¹⁰⁸

Afirmar que las normas generales de contratación pueden aplicarse a la contratación electrónica, no implica que el derecho no busque soluciones diferentes para el contexto electrónico en que se desarrolla el contrato, si fuese necesario. En ese sentido se plantea la necesidad de incluir en nuestro derecho el “acuse de recibo” ya que algunos autores entienden que la exigencia del aviso de recibo y la utilización de la confirmación funcionan como una corrección a los principios generales y así se ha legislado en diferentes países.

En nuestro país, en la Ley 19.678 (ley sobre Seguros), en el último inciso del artículo 3 se establece la obligatoriedad para el asegurador de informar las condiciones contractuales en forma clara y precisa, *“lo que podrá ser cumplido por un medio electrónico que permita comprobar su recepción o acceso del asegurado”*.

En mi opinión, debería regularse la obligatoriedad del acuse de recibo ya que contribuye a aumentar la seguridad en las relaciones contractuales. En el acuse de recibo deben incluirse las condiciones de contratación con lo que se tiene seguridad de lo que se aceptó y de que esas condiciones no pueden ser modificadas.¹⁰⁹ Ello no determina que se modifique la teoría general respecto a cuándo se perfecciona el contrato, que seguirá siendo con la recepción de la aceptación.

Tal vez a través de la utilización de algunos servidores puede lograrse esa finalidad de obtener el acuse de recibo sin depender de la voluntad y obrar del que recibe el mensaje.

En el caso del correo electrónico de G-mail, por ejemplo, para las cuentas empresariales o institucionales (no en los contratos entre no consumidores) esta opción no funciona porque solo se tiene la opción de “confirmación de lectura” y no la de “conocer si el correo electrónico le ha llegado correctamente”.

Entiendo que la regulación de su obligatoriedad, debería limitarse a los contratos de consumo, porque si bien la nueva modalidad de contratación, tanto entre proveedores y consumidores como entre no consumidores – particulares o entre empresas – se realizan a través de redes sociales como Facebook, Whatsapp o Instagram (lo que ha aumentado como

¹⁰⁸ Del artículo anterior se concluye que el Código Civil de Perú recoge la teoría del conocimiento. Sin embargo, al referir a los contratos entre ausentes, parece cambiar el criterio, recogiendo la teoría de la recepción. Esta confusión, justifica que algunos autores de ese país consideren necesaria una modificación legislativa.

¹⁰⁹ Hoy algunos proveedores lo hacen, por ejemplo, al adquirir un producto, al aceptante le llega a su correo electrónico la confirmación de la compra, se detalla el producto, precio, condiciones, número de pedido, forma de seguimiento de entrega, etc.

consecuencia de la pandemia por COVID-19), el acuse de recibo no parece ser un instrumento adecuado.¹¹⁰

Podrían establecerse presunciones como se establecieron en la Directiva Europea y en la Ley Modelo ya señaladas.

¹¹⁰ Por ejemplo, una persona vende su PC usada a través de las redes sociales. Cuando le confirman la compra, si la obligación no se reduce a los contratos de consumo, debería enviar un acuse de recibo al recibir la aceptación.

10. MOMENTO EN EL QUE NACEN LAS OBLIGACIONES. **FORMACIÓN INSTANTÁNEA Y PROGRESIVA DEL CONTRATO**

La doctrina distingue la formación instantánea del contrato y la formación progresiva o sucesiva del contrato, atendiendo a si se trata de un contrato entre presentes, es decir, que coinciden en tiempo y espacio, o entre personas ausentes,¹¹¹ es decir en distintos momentos y lugares. Se hace énfasis en el intervalo de tiempo entre la aceptación de la propuesta por el aceptante y la llegada al proponente a su esfera de contralor y en el espacio geográfico, el lugar en el que se encuentran las partes en el momento de perfeccionarse el contrato. Así, se considerará que se trata de un contrato entre ausentes por encontrarse en distintos lugares físicos, que es la postura que adoptaron los Códigos decimonónicos, redactados en una época en la que no se concebía la posibilidad de que la distancia geográfica, no implicara necesariamente la distancia temporal.

GAMARRA enseña que el contrato de formación instantánea ocurre entre presentes y todos los elementos se presentan contemporáneamente, no hay separación temporal entre la propuesta y la aceptación. Estrictamente no hay un proceso de formación.

El artículo 1263, inc. 1 del Código Civil Uruguayo establece que *“la propuesta verbal debe ser inmediatamente aceptada”*, no admitiría un espacio cronológico entre la propuesta y la aceptación por lo que, en este caso, no existiría un proceso de formación del contrato. PALANDRI, citado por GAMARRA¹¹² nos dice que siempre habrá un intervalo de tiempo aunque sea reducidísimo *“en el cual la voluntad interna se pone de movimiento y la inteligencia del sujeto examina las posibilidades y conveniencia del acto”* y aquél en que efectivamente acepta. De esta manera se dice que la distinción es entre una aceptación rápida y otra que se dilata en el tiempo.

En cambio, cuando las partes se encuentran distanciadas geográficamente, ausentes, la etapa de formación se da progresiva o sucesivamente y ello plantea la interrogante del momento y lugar en el que se perfecciona el contrato ya que se dan todas las etapas del *iter formativo* del mismo.

Explica GAMARRA¹¹³ que la formación progresiva o sucesiva ocurre cuando *“las partes se encuentran distanciadas en el espacio (contrato entre ausentes).”* Nos dice que *no hay duda de que el contrato entre ausentes suministra un claro ejemplo de formación progresiva.*

¹¹¹ El término ausente no está expresado en relación a los artículos 51 y siguientes del Código Civil, sino en el estricto sentido de personas que están espacialmente separadas.

¹¹² Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 12.

¹¹³ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Págs. 13 y ss.

Este proceso también lo vemos cuando, si bien las partes están presentes en tiempo y espacio:

- 1- antes de la propuesta hay una etapa anterior de *tratativas*, lo que se traduce en que el perfeccionamiento no es instantáneo.
- 2- cuando hay lo que GAMARRA llama "*relaciones jurídicas preparatorias*" con las Cartas de Intención.
- 3- cuando las partes han arribado a un acuerdo sobre determinados aspectos y respecto a otros sobre los que no hay acuerdo, deciden tratarlos en otro momento. Son los llamados "*acuerdos parciales*".
- 4- y en los casos de venta de cosa futura

ORDOQUI¹¹⁴ anota que la formación del contrato es instantánea cuando surge de un solo acto entre las partes contratantes mientras que la formación progresiva se da a través de un diálogo continuo entre las partes en un proceso de *tratativas* existiendo un intervalo o transcurso de tiempo entre la oferta y la aceptación. Para el autor la formación del contrato siempre es sucesiva, pudiendo ser instantánea o progresiva. Agrega que dejando de lado el factor tiempo, se ha sostenido que, si primero existe acuerdo en aspectos esenciales o principales con la finalidad de seguir tratando sobre los secundarios de la negociación, también estaremos frente a una formación progresiva del contrato.

De lo que viene de decirse se desprende que se han buscado distintos criterios para distinguir si se trata de un contrato celebrado entre presentes o ausentes.

En primer lugar, el criterio geográfico. La presencia física de los contratantes fue el elemento de distinción que utilizaron los Códigos decimonónicos, dado que, si las personas no están físicamente presentes, se requiere de un tiempo para que la oferta y aceptación lleguen al destinatario. Algunos autores han entendido que el contrato electrónico es un contrato a distancia, asimilándolo a la carta epistolar enviada por mensajero.

En segundo lugar, se analiza si la contratación es instantánea o sucesiva. Con el avance de la tecnología, la regla anterior no era suficiente. Puede tratarse de personas físicamente distantes pero que entablan una comunicación instantánea.

El legislador uruguayo tomó en cuenta dos situaciones para determinar si el contrato es entre presentes o ausentes: por un lado, el artículo 1263 del Código Civil regula la oralidad o verbalidad de la propuesta, hipótesis prevista para las personas que concurren a prestar su consentimiento y se encuentran frente a frente, en un mismo lugar, permitiendo el intercambio inmediato de oferta y aceptación.

¹¹⁴ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Págs. 39 y ss. Cita a Messineo. Doctrina general del contrato. Ed. EJE, Buenos Aires, 1952, pág. 311.

Por otro lado, el artículo 1265 regula la ausencia de las partes, estableciendo que *"El contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente"* del que se desprende el sistema de la recepción ya analizado.

En los contratos a distancia, el legislador fija reglas precisas determinando hasta qué momento el proponente está en libertad de retractarse de la propuesta, (esto es, hasta que la respuesta del que aceptó sea por él recepcionada), fija el compromiso de esperar la contestación sin disponer del objeto hasta que la propuesta sea rechazada, establece un plazo para la respuesta (24 horas viviendo en la misma ciudad o 30 días *"desde que haya transcurrido el tiempo necesario para que las dos comunicaciones llegaran a su destino"* si residen en distintos lugares) y en caso de no respetarse la considera respuesta tardía regulando sus efectos. También se prevé el caso de las modificaciones de propuesta y aceptación.

En resumen, en consideración del tiempo y la distancia, los contratos son entre ausentes cuando las partes no están físicamente en el mismo lugar, aunque estén en comunicación instantánea. También será contrato entre ausentes cuando existe un tiempo entre la oferta y la aceptación. Finalmente, están quienes sostienen que las partes deben estar en lugares distintos y que debe mediar tiempo entre la oferta y la aceptación.

10.1 ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO?

La regla de la formación instantánea o progresiva del contrato teniendo en cuenta si son entre presentes o ausentes, ha sufrido cuestionamientos desde la aparición del teléfono, ya que puede existir un contrato entre personas que no están físicamente presentes pero que se comunican instantáneamente, hipótesis no contemplada en el Código Civil, lo que ha llevado a admitir que, a pesar de la distancia de los contratantes, se trata de un contrato entre presentes.

Desde esa óptica, la regla de la distancia parece no ser suficiente para determinar este aspecto. Dicha interpretación podía sostenerse en épocas en que el avance tecnológico no permitía las comunicaciones directas.

No debe de dejar de considerarse la situación en la que una persona contrata con una computadora (o celular) estando físicamente "en movimiento", es decir, en viaje trasladándose de un lugar a otro. En ese caso, el lugar físico no puede determinarse.

Por otra parte, los contratantes pueden conectarse por un sistema de videoconferencia, lo que se asimila a la contratación entre presentes, aunque estén geográficamente distantes.

Por todas estas variantes, parecería que esa calificación resulta totalmente inoperante a la hora de su aplicación a la contratación electrónica.

NOVELLI¹¹⁵ cita a DAVARA al decir que:

El profesor español Davara Rodríguez, uno de los principales expertos en la temática, ha sostenido que la formación de un contrato utilizando los medios de comunicación actuales, debe analizarse desde tres puntos de vista: el grado de inmediatez, la calidad del diálogo y la seguridad. Desde el punto de vista de la inmediatez, afirma que es necesario hacer una diferencia entre la contratación realizada por teléfono o por teleconferencia, que es considerada - tanto por la doctrina como por el Tribunal Supremo Español- entre presentes, y las demás aceptaciones por medios electrónicos, fax o correo electrónico, que deben entenderse como efectuadas por correspondencia y a las que se aplican las normas de los contratos entre ausentes. Desde el punto de vista de la calidad del diálogo, entiende que sólo el teléfono y la videoconferencia permiten un verdadero diálogo; considera que los otros modos de formación de voluntad por medios electrónicos deben interpretarse como “intercambio de información en un diálogo de diferente calidad”. También entonces, desde esta perspectiva, concibe a los contratos electrónicos como celebrados entre ausentes. Finalmente, desde el punto de la seguridad, afirma igualmente que los contratos celebrados por medios electrónicos son entre ausentes, dado el riesgo que alteración de la voluntad manifestada, que es mayor que en los contratos entre presentes.”

NOVELLI además hace referencia a que los demás autores españoles, dejan de lado la distinción y consideran a los contratos electrónicos como celebrados entre ausentes, ya que sólo atienden a la distancia real entre los sujetos.

LORENZETTI¹¹⁶ entiende que “el ‘consentimiento electrónico’ sería entre presentes, porque las declaraciones son instantáneas, y entre ausentes, ya que los contratos se celebran entre sujetos situados en lugares muy distantes, y/o en países diferentes.”

Agrega que “... la contratación electrónica es celebrada entre personas físicamente distantes, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea.”

¹¹⁵ Novelli, Mariano. El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado. Recuperado en https://www.uai.edu.ar/media/42513/ganadores-2013_el-perfeccionamiento-de-los-contratos-celebrados-por-medios-electr%C3%B3nicos-en-el-derecho-argentino.pdf. Cita a Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Derecho Informático, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 184. Consulta del 01/06/2020.

¹¹⁶ Lorenzetti, Ricardo. Comercio electrónico. Capítulo IV: Los contratos electrónicos. Ob. Cit. Págs. 165 y ss. y págs. 191 y ss.

Ya sea que se trate de contratos entre presentes o ausentes, formados instantánea o progresivamente, el contrato se perfecciona en el mismo momento y lugar: cuando la respuesta del que aceptó llega al proponente.

Para considerar que el contrato electrónico es entre presentes, la formación del consentimiento debe realizarse con inmediatez, dado que se celebran entre personas físicamente distantes pero, desde el punto de vista temporal, la comunicación puede ser simultánea, casi instantánea¹¹⁷ – online - o bien puede mediar un lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación. Por ende, habrá que dilucidar cuándo, en qué momento se considera perfeccionado el contrato.

Estamos en presencia de contratos entre ausentes (teniendo en cuenta que geográficamente están distantes), con propuesta no verbal, pero a su vez la comunicación puede ser instantánea, por ejemplo, a través de un chat, videollamada, videoconferencia.

Dado que, en la contratación electrónica, las personas contratantes no están físicamente presentes y la comunicación – entendida como oferta y aceptación - puede o no ser instantánea, hace muy difícil determinar una regla general.

Si bien la lógica ha marcado que cuanto mayor es la distancia, mayor es el tiempo para llegar a destino, lo cierto es que, con respecto a las comunicaciones, hoy no podríamos asimilar ambos conceptos. No es que las vías de contratación establecida en los Códigos decimonónicos hayan desaparecido,¹¹⁸ sino que coexisten con otras modalidades que, gracias a la tecnología, nos ha permitido ver otra relación entre la distancia y el tiempo.

Considerando estos avances, ORDOQUI¹¹⁹ nos dice que

... de la misma forma que un acuerdo vía telefónica o video conferencia se considera un acuerdo entre presentes, en realidad, el contrato electrónico también debería ser visto como entre presentes. Lo importante no es en realidad la distancia a la que están las partes, sino que la comunicación sea ininterrumpida y con posibilidades de intercambio inmediato e instantáneo. El concepto de ausencia o presencia del siglo XIX no es el del siglo XXI.

En cambio, cuando se trata de contratos que se celebran mediante un “click”, son contratos entre ausentes, ya que no existe esa inmediatez.

Agrega que “La separación física no es lo determinante para calificar el contrato entre ausentes. Lo importante, además, no es tanto la separación de las partes sino la separación entre el adquirente y el producto; o sea, no existe posibilidad de examinar el producto previo a la entrega.”

¹¹⁷ Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Ob. Cit. Pág. 182. Cita a Lorenzetti, El comercio electrónico. Pág. 191.

¹¹⁸ Hoy se puede seguir contratando a través de una carta enviada por mensajero.

¹¹⁹ Ordoqui Castilla, Gustavo. Contratación electrónica e inteligencia artificial. Ob. Cit.

De lo que viene de decirse, puede entenderse que son considerados contratos entre presentes, atendiendo a la instantaneidad de las comunicaciones. En Argentina, ALTERINI¹²⁰ considera que lo importante no es la distancia física sino la jurídica. Y en el mismo sentido, LORENZETTI¹²¹ entiende que la presencia física como elemento de distinción pierde vigencia con el advenimiento de las nuevas tecnologías que permite que aunque no estén físicamente presentes, pueden comunicarse instantáneamente.

Los medios utilizados permiten una comunicación en tiempo real, como el chat, videollamadas con conexión a internet.

En cambio, en los contratos entre ausentes, se atiende a la distancia geográfica (ámbito espacial) en determinado momento (aspecto temporal) sin importar si la comunicación es instantánea por lo que el contrato queda perfeccionado en lugar y en el momento en que la respuesta del aceptante llega al proponente.

GAMARRA¹²² entiende que a los contratos celebrados por medios electrónicos se les aplica las reglas de los contratos entre ausentes, ya que *“el contrato se forma cuando el proponente tiene oportunidad de conocer la aceptación, es decir, cuando tiene acceso al mensaje electrónico.”*

Señala NOBLÍA que

Quando la obligación se pacta a través de una computadora, las partes no están simultáneamente presentes en el mismo espacio, efectuándose las expresiones de voluntad a través de la red informática, lo que desdobra el acto simultáneo del otorgamiento. En realidad, también en la forma papel la simultaneidad en cierta manera es una ficción, ya que nunca las partes consienten exactamente al mismo tiempo, ni aún en el caso de escritura pública, pero la presencia simultánea de las partes en un lugar, día y hora determinados y el asentimiento más o menos simultáneo de las obligaciones asumidas, reducen el período de tiempo al mínimo, de tal manera que permiten razonablemente ignorar tales lapsos de tiempo.¹²³

Más adelante agrega:

No hay papel que contenga el contrato con las firmas de las partes, que lo realizan "entre ausentes" ya que la aceptación no es dada en presencia de la otra parte; el consentimiento se rige por las reglas del regulado para los contratos por medio de agentes o correspondencia epistolar o telegráfica; suministrados los actos al

¹²⁰ Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Ob. Cit. Pág. 182. Cita a Alterini, Atilio Anibal. Contratos civiles comerciales de consumo. Teoría General Buenos Aires. Pág. 288.

¹²¹ Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Ob. Cit. Pág. 182. Cita a Lorenzetti, Ricardo. El comercio electrónico. Págs. 191 y ss.

¹²² Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág 180.

¹²³ Noblía, Aída. Obligaciones pactadas mediante medios informáticos. Ob. Cit. Págs. 71 y ss

ordenador, éste puede conservarlos en la memoria hasta que sean utilizados y realizar distintos procesos con ellos hasta darles salida o emitir los resultados de los procesos realizados.

FERNÁNDEZ¹²⁴, se cuestiona en primer término si debemos seguir aferrados a la idea de que el consentimiento entre ausentes necesariamente debe constituirse en forma progresiva y si el contrato entre presentes siempre se forma instantáneamente (a excepción de la situación en la que el proponente decide mantener su oferta). Establece que

El desarrollo tecnológico que han alcanzado los medios de comunicación, permite concebir, en la actualidad, la existencia de contratos “entre ausentes” con “propuesta no verbal”, pero susceptibles de formarse instantáneamente. Es el caso, por ejemplo, de las computadoras que dialogan entre sí en forma instantánea conforme a programas previamente cargados, que contienen la voluntad del sujeto que las instruye para actuar automáticamente, sin necesidad de presencia humana en ese momento.

Cita como ejemplo¹²⁵, el caso de una fábrica que produce diez automotores por día y programa su computadora para recibir hasta diez órdenes de compra por día (propuestas de compra) y aceptarlas si se formulan de la forma preestablecida. Recibidas que son las diez ofertas, esto es, agotado el stock, la computadora no recibe nuevas propuestas.

Es el llamado contrato entre máquinas, donde las “tratativas” y el “acuerdo” se alcanzan a través de dos programas instalados con ese fin en dos máquinas sin que exista intervención humana simultánea.

CAFFERA¹²⁶ entiende que cuando en el Código se clasifican las formas de perfeccionamiento del contrato, se hace atendiendo a los medios que se utilizaban para transmitir la voluntad, pero no el lugar en el que se encontraban las partes; sino que estableció un régimen para la propuesta verbal y otro para la propuesta que se realiza por mensajero, correspondencia epistolar o telégrafo, pero no reguló la propuesta realizada, por ejemplo, por teléfono. Entiende que es la doctrina la que realiza la distinción estableciendo que la propuesta verbal es entre presentes y las demás entre ausentes. Es por esta razón que tal vez esa clasificación no se amolda a los medios de comunicación de la actualidad.

A partir de ese análisis, el mismo autor entiende que el criterio geográfico no funciona en la actualidad “*y ahora habría que hablar de presencia o ausencia comunicacional, en base a si existe o no la posibilidad de respuesta inmediata.*” De esta forma, los contratos

¹²⁴ Fernández, Gabriel. Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento. Ob. Cit. Págs. 53 y ss

¹²⁵ Ejemplo citado de Stiglitz, Rosana. Contratos Teoría general. Capítulo: Contrato celebrados por medio de computadoras. Depalma. Buenos Aires, 1990, págs. 223 y ss.

¹²⁶ Caffera, Gerardo. Momento y lugar de perfeccionamiento del contrato. Ejecución: Medios de pago. Contratación Electrónica. AEU, 1° edición, 2006, págs. 234 y sig.

electrónicos no entran necesariamente en una u otra forma. Concluye que la clasificación realizada por la doctrina, no tiene utilidad alguna.

En el derecho argentino, al regularse la fuerza obligatoria de la oferta en el Código Civil y Comercial, establece que la oferta “hecha a una persona presente” o “formulada por un medio de comunicación instantáneo”, sin fijación de plazo, solo puede ser aceptada inmediatamente (artículo 974). De esta forma se equiparan los contratos entre presentes a los que se celebran por un medio de comunicación instantáneo – como en algunos supuestos de los contratos electrónicos que permiten una manifestación de la oferta de manera instantánea, como ser la telefonía, mensajería instantánea por personas en línea, videoconferencias, etc – y de esa forma se evita la discusión respecto de si la contratación electrónica es “entre presentes” o “entre ausentes”, ahorrando así conceptos ontológicos que compliquen los conceptos jurídicos de “presencia” o “ausencia”¹²⁷

Ya no interesa la presencia física, sino la forma en la que se manifiesta la declaración. Llevado a la contratación electrónica, si la comunicación es instantánea, la contratación puede entenderse realizada entre presentes.

En el artículo 1805 del Código Civil Mexicano, se establece una regulación específica para determinar cuándo se considera que el contrato es entre presentes o ausentes: *“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”*

La naturaleza recepticia de la propuesta y de la aceptación perdería relevancia cuando se trata de contratantes entre presentes o se valen de medios de comunicación directa, como el teléfono.¹²⁸ Los avances en la tecnología causan que las comunicaciones a distancia se realicen no sólo a través de textos, sino imágenes, sonidos, siendo una información más completa para quien está del otro lado.

En realidad, nuestro Código Civil no refiere a contratos entre presentes o entre ausentes, sino que regula por un lado cuando la propuesta es verbal, que debe ser inmediatamente aceptada salvo que el proponente se haya comprometido a esperar contestación y por otro lado regula la propuesta no verbal, realizada por medios epistolares o por mensajero o por medios telegráficos.¹²⁹ A partir de esta distinción que realiza el legislador,

¹²⁷ Grover Dorado, Jhon. Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino. Cita a Lorenzetti, Ricardo Luis, El comercio electrónico. Págs. 275-276.

¹²⁸ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág 153. Cita a Bianca. En la Nota 21 de la pág. 175, citando a Demoulin-Montero, vuelve a establecer que la oferta realizada telefónicamente se considera como oferta verbal hecha entre presentes.

¹²⁹ Sobre este tema ver más ampliamente Caffera, Gerardo y Fernández, Gabriel, obs. cit

la doctrina realiza una clasificación de contrato entre presentes y ausentes. Planteado de ésta forma, la distinción entre contratos presentes o ausentes no es relevante para el contrato electrónico.

Así, si la etapa de tratativas comienza a través de una conversación ininterrumpida por whatsapp, donde se solicita un presupuesto o se consulta precio de un determinado producto, se establecen la forma de pago, las condiciones de entrega y demás, cuando existe acuerdo, esto es, consentimiento contractual, parecería que puede acercarse más al contrato entre presentes, justamente por la inmediatez en la conversación mediante un “chat en línea”, Distinto es cuando se mantiene una comunicación con intervalos de tiempo, como puede suceder a través del email, en donde se está a la respuesta de la otra parte; ya que entiendo que se trata de contrato entre ausentes.

De esta forma, la distinción radica en si se trata de una comunicación online o de una comunicación offline.

En cuanto a las modalidades de contratación, MARCOS¹³⁰ establece que es necesario distinguir:

- 1- Contratos on line: donde los contratos se concluyen por medios electrónicos interactivos, *“en los cuales hay capacidad de respuesta automática, por lo tanto el consentimiento se forma instantáneamente.”* La contratación se realiza completamente por vía digital; ejemplo de ello es la adquisición de software.¹³¹
- 2- Contratos off line: donde los contratos se celebran a través de un contrato electrónico, no hay una conexión permanente, instantánea, sino que los mensajes permanecen en la esfera de control de las partes. En este caso el contrato se perfecciona en forma sucesiva y será considerado concluido cuando el mensaje de aceptación al negocio llegue al buzón del proponente. También se acota que una de las etapas de la contratación se realiza con la utilización de un medio tradicional, como el transporte si el contrato versa sobre bienes materiales.

En el mismo sentido, respecto a cómo pueden ser las comunicaciones en Internet, CAFFERA¹³² anota que la doctrina plantea dos posibles situaciones y citando a DOMINGUEZ LUELMO señala

... es cierto que la aceptación va a llegar a su destino casi al mismo tiempo en que se ha realizado, teniendo en cuenta la velocidad de transmisión entre ordenadores

¹³⁰ Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Ob. Cit. Pág. 183.

¹³¹ Rosas Villarrubia, Ingrid. Contratación electrónica y Relación de Consumo. Regulación en el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE – Número 17. Págs. 96 y ss.

¹³² Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Ob. Cit. Págs. 610 y ss. Cita a Dominguez Luelmo. La Contratación Electrónica y la defensa del Consumidor. El Comercio Electrónico. Edisofer. Madrid. 2001. Pág. 35.

...para ello es preciso o bien que los ordenadores del oferente y aceptante estén conectados entre sí, o bien que exista una conexión permanente al proveedor de Internet ... En la práctica, sin embargo, puede ocurrir que no exista una conexión permanente al proveedor de Internet, de manera que mientras no se realice una conexión al mismo, los mensajes permanezcan en el buzón del usuario, que sólo conocerá su contenido cuando los descargue en su ordenador.

Agrega CAFFERA que, en ésta hipótesis, cuando acepto una propuesta de un Sitio Web, la respuesta puede que no llegue inmediatamente al proponente y en la medida en que las comunicaciones no son inmediatas, según la doctrina, se trata de un contrato entre ausentes y el contrato quedará perfeccionado cuando la aceptación llegue al ámbito de disponibilidad del proponente (sistema de recepción).

En el ámbito de la contratación electrónica existen un montón de modalidades que permiten que la formación del consentimiento se celebre en tiempo real, con aceptación inmediata de la oferta y esos contratos pueden calificarse como contratos entre presentes. Cuando existe un intervalo de tiempo en las comunicaciones, como puede suceder en las comunicaciones vía correo electrónico, estaremos frente a un contrato entre ausentes.

ORDOQUI dice que no es fácil determinar si la contratación por correo electrónico es entre presentes o ausentes, aunque se asimila al contrato entre presentes porque es instantánea, es una categoría que no fue pensada para el contrato electrónico.¹³³

Considero que no es el aspecto espacial o geográfico lo que importa, sino que es la inmediatez o simultaneidad en las comunicaciones, es decir, será la instantaneidad entre la oferta y la aceptación lo que determine que apliquemos el régimen de la propuesta verbal o no verbal. Así como antes se recepcionaba físicamente una respuesta, por ejemplo, a través de mensajero, sin importar cuando el proponente tomaba conocimiento de la aceptación (en el ejemplo, cuando abría y leía la respuesta), hoy el contrato electrónico se forma cuando se recepciona la aceptación a través de un medio electrónico, por ejemplo, a través de un correo electrónico.

De acuerdo a lo analizado, parecería que los conceptos tradicionales de “contrato entre presentes” y “contrato entre ausentes” no son suficientes para ser aplicados a esta nueva modalidad de contratación electrónica, porque en algunas hipótesis carece de sentido encasillarlas en uno u otro, como sucede por ejemplo en el caso de la videoconferencia donde las partes pueden verse y escucharse permitiendo igual comunicación que la que pueden mantener personas presentes, pudiendo valorar los tonos de voz y las expresiones corporales como insumos para determinar la intención de las partes.

¹³³ Ordoqui Castilla, Gustavo. Contratación electrónica e inteligencia artificial. Ob. Cit.

De lo que acaba de decirse, se concluye que en la contratación electrónica es anacrónico hablar de distancia física de los contratantes, es indiferente que las partes estén presentes o ausentes físicamente y adquiere mayor relevancia determinar si la comunicación es instantánea o sufre interrupciones.

Así, en el Nuevo Código Civil de Argentina, se sustituye ese clásico concepto de contratos entre ausentes en el artículo 1105 ya analizado.

11. CÓMO PUEDEN FORMARSE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Como se ha expresado en este trabajo, en nuestro derecho, la propuesta puede asumir cualquier forma respetando la naturaleza del contrato. Tanto la oferta como la aceptación, pueden manifestarse por medios electrónicos, incluyendo el email, la página web.

Enseña ORDOQUI que *“Pueden existir diferentes medios por los cuales el oferente puede dar a conocer su voluntad al destinatario, uno de ellos son los medios electrónicos, donde puede aparecer la oferta verbal (ej. Videoconferencias) o a través de mensajes de datos. La declaración de voluntad emitida electrónicamente no es sino un mensaje de datos, con variedad de configuración y métodos de firmas electrónicas, que contiene la voluntad de comprometerse de su iniciador y signatario en el caso concreto.”* En nuestro derecho la equivalencia entre un documento escrito y uno electrónico surge de la Ley 18.600.¹³⁴

Por otra parte, en determinadas circunstancias la voluntad se expresa a través de una computadora. Es una realidad que los ordenadores son programas que tienen por función, entre otras cosas, celebrar contratos en forma automática sin intervención humana simultánea. Indudablemente esto genera varias interrogantes: ¿si estamos ante un contrato?, ¿si es válida la manifestación de voluntad expresada?, ¿a quién se le imputa, puede hablarse del instituto de la representación?¹³⁵

Esto ha llevado a que la doctrina hable de una “deshumanización del contrato”¹³⁶

Las manifestaciones de voluntad tendientes a formar el contrato, dice GAMARRA, indudablemente pueden realizarse a través de medios electrónicos. Así el e-mail será lo mismo que recibir una carta¹³⁷

El contrato estará perfeccionado cuando se reúnan todos los elementos esenciales exigidos por el legislador. En los contratos electrónicos no se requiere forma especial por lo que se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes.

NOBLÍA¹³⁸ expresa que *“Los medios informáticos constituyen uno de los posibles soportes de las diversas formas en que se expresa la voluntad o se realiza la declaración que contiene el pacto obligacional o la manifestación de esa voluntad que exterioriza la esencia del negocio jurídico.”*

Más adelante agrega:

¹³⁴ Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Ob. Cit. Págs. 55 y ss.

¹³⁵ Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Ob. Cit. Pág 181.

¹³⁶ Lorenzetti, Ricardo. Comercio electrónico. Capítulo IV: Los contratos electrónicos. Ob. Cit. Pág. 167. Cita a Oppo, Giorgio, ¿Disumanizzazione del contratto? Rivista di Diritto Civile, N° 5, 1998, pág. 525.

¹³⁷ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Ob. Cit. Pág. 180.

¹³⁸ Noblía, Aida. Obligaciones pactadas mediante medios informáticos. Ob. Cit. Págs. 69 y ss

Como lo ejemplifica D'Aglio, un empresario puede programar el ordenador de manera que sólo acepte pedidos recibidos cuando éstos cumplan determinadas condiciones: a) que el precio de la oferta sea igual o superior al pretendido por el empresario y b) que la cantidad demandada sea igual o menor a la existente; cuando el computador recibe una propuesta contractual, confronta cantidad y precio con los datos memorizados y accede a la propuesta según lo previamente establecido y mediante los datos recibidos; en este caso el computador actúa como instrumento de elaboración de la voluntad individual y además transmite esa voluntad negocial; actúa en forma autónoma, aunque siguiendo instrucciones y procedimientos, acepta la operación comercial propuesta transmitiendo al otro contratante la declaración negocial, prevé cierto número de variantes sobre las que puede reunirse la concreta voluntad negocial. La programación del ordenador es de por sí una manifestación de voluntad ya que la voluntad negocial de la parte se encuentra en un soporte informático, en la memoria del computador, con las variables que se le ordenan, fijando condiciones o plazos. Esa información que contiene la máquina es reconocida por el destinatario a través de determina dos procedimientos, según fue programado. Así, el ordenador es además instrumento de encuentro de diversas voluntades, correspondientes a sujetos distintos; según esté programado, selecciona la oferta memorizada y presenta al usuario sólo aquellas que queden comprendidas o que cumplan con los requisitos estipulados, descartando toda otra oferta, pudiendo realizar una interactividad con un procesador central y delegar en el computador la selección de la oferta que interesa al usuario.

Nos dice CAFFERA:

Simplemente se presenta una nueva forma de almacenar signos representativos de manifestaciones volitivas negociales y un nuevo canal a través del cual fluirá la declaración negocial (propuesta y aceptación). Si bien la forma 'real' de los componentes de la declaración no es idéntica a la 'visible', ello no es demasiado novedoso: tampoco lo era en una transmisión telegráfica en la época de la sanción del Código Civil. Sin embargo en uno u otro caso la lectura puede realizarse en cualquiera de los planos: el poco 'amigable' Código Morse, o el poquísimamente amigable lenguaje de los bytes, por un lado, y el resultante de la 'interface' correspondiente, por el otro.¹³⁹

Los usos y costumbres en el comercio electrónico marcan que los contratos electrónicos suelen celebrarse por escrito, a través de contratos de adhesión llamados

¹³⁹ Caffera, Gerardo. "Una mirada a los contratos informáticos y al tema del consentimiento por medios electrónicos." Ob. Cit. Pág. 490. Esta posición ha sido citada jurisprudencialmente : Sentencia N° 63/2013 de fecha 31/10/2013 dictada por el Juzgado Letrado Civil de 6° Turno, en la que también se refiere a la Sentencia N° 189/2002 del TAC 4° Turno.

"Términos y Condiciones de Uso", que es un documento electrónico al cual el aceptante adhiere, expresando su consentimiento mediante un "click" -hoy en día es más usual un "toque" o "touch"- en su dispositivo pero nada obsta a que el consentimiento se exprese de cualquier otra forma escrita (vgr. por email, por mensajería instantánea, etc.) o incluso lo sea verbalmente (vgr. vía videoconferencia, telefonía IP, etc.).¹⁴⁰ Estos contratos de adhesión, generalmente quedan regulados por las relaciones de consumo (artículos 28 a 31 de la Ley 17.250).

Puede enviarse la oferta por un medio electrónico y recibirse la aceptación por un medio no electrónico o viceversa. En ese caso, para determinar si estamos frente a un contrato electrónico, es necesario atender a *"... la forma usada en el momento del perfeccionamiento o sea, lo que se considera es la vía usada en la aceptación..."*¹⁴¹

En el mismo sentido se expresa PINOCHET¹⁴², autor chileno, al decir que la aceptación *"deberá necesariamente -a diferencia de la oferta- haberse formulado por medios electrónicos para poder situarnos dentro del ámbito propio del consentimiento electrónico y, en consecuencia, del negocio jurídico electrónico."*

Sin ánimo de intentar agotar el listado de posibilidades, los contratos electrónicos pueden formarse a través de las modalidades que se desarrollan a continuación.¹⁴³

11.1 POR E-MAIL

En la celebración de contratos por medio de un correo electrónico, las partes manifiestan su consentimiento utilizando el lenguaje tradicional, quedando constancia en los soportes electrónicos de cada manifestación de voluntad. Puede enviarse la oferta por mail y aceptarse por otro medio o viceversa o puede existir una combinación de comunicaciones electrónicas, documentos en papel, faxes, videoconferencias. Aunque la oferta haya sido realizada vía correo electrónico, la aceptación puede ser recibida por otra vía, pero habrá que ver si el proponente espera la respuesta por ese medio. Además, teniendo en cuenta que nuestro derecho recoge la teoría de la recepción, será importante determinar el momento en que la aceptación por email llegó al proponente, porque hasta ese momento está a tiempo de revocar la propuesta.

¹⁴⁰ Suelen ser contratos de adhesión, por ejemplo, los contratos de servicios de nube.

¹⁴¹ Ordoqui Castilla, Gustavo. Contratación electrónica e inteligencia artificial. Ob. Cit.

¹⁴² Pinochet Olave, Ruperto. La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la Información. Ob. Cit.

¹⁴³ Viega Rodríguez, María José. Consentimiento contratos telemáticos. Recuperado en [OFERTA \(viegasociados.com\)](http://viegasociados.com) También en Aspectos Jurídicos de la contratación a través de Internet. Recuperado en [Aspectos Jurídicos de la Contratación \(viegasociados.com\)](http://viegasociados.com) Consulta del 03/12/2020.

La importancia de esta modalidad de comunicación es que se trata de mensajería segura, *“permite iniciar, pactar, negociar y dar soporte necesario a las manifestaciones de voluntad y a los contratos. El almacenamiento de estas comunicaciones electrónicas, se considera como un documento más, cuya seguridad e inviolabilidad se encuentra amparada por la protección de las comunicaciones privadas, al considerarse como correspondencia.”*¹⁴⁴

En Argentina se asimiló el correo electrónico a la correspondencia epistolar; así, en la causa 4959/2002, del 25 de abril de 2002, el Juzgado Criminal y Correccional Federal 9 consideró que: *“queda claro que el tan difundido e-mail en nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc. Es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema... nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada...”*.

Generalmente este tipo de comunicación es “diferida”, es decir no transcurre una comunicación simultánea, sino en momentos temporalmente distintos.

Dado que nuestro Código se alinea a la teoría de la recepción, si la aceptación es enviada por e-mail se entiende que la misma ha llegado a conocimiento del oferente cuando el e-mail entra en la casilla de recibidos, aunque no la haya abierto; importa el momento en que el mensaje ingresa a la esfera de control del destinatario.

Para determinar cuando el contrato está formado, es decir, cuando el mensaje de datos se encuentra en la esfera de control del destinatario, es importante realizar una breve referencia de cómo funciona el correo electrónico.

El correo electrónico consta, en primer lugar, del nombre del usuario¹⁴⁵ a lo que le sigue el símbolo de arroba (“@”) y luego el nombre del servidor *“y finalmente el indicativo del país de forma abreviada (es para España, fr para Francia, de para Alemania) o bien de un nombre de dominio (domain name) relativo a la compañía o campo profesional (com para commercial business, edu para education, net para network organizations, etc).”*¹⁴⁶

La transmisión de los mensajes se hace a través de un servidor de correo (sería el “buzón” del correo convencional) que hace las funciones de intermediario, almacenando temporalmente el mensaje enviado hasta que llega a su destinatario. El servidor utilizado en el correo electrónico enviado puede ser el mismo o diferir del servidor del destinatario del correo (por ejemplo, uno puede ser “@x.org” y el otro “@z.com”). Entonces una vez enviado

¹⁴⁴ Téllez, Julio y Becerril, Anahiby. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Comercio Electrónico. Ob. Cit. Pág. 176.

¹⁴⁵ En principio elegido libremente.

¹⁴⁶ Belda Medina, José R., *“La Comunicación en español a través del correo electrónico”*, Revista de investigación Lingüística. N° 2- Vol. V- 2002. Págs. 39-59. Recuperado en [2002_Belda-Medina_RevInvLing.pdf \(ua.es\)](#) RUA: [La comunicación en español a través del correo electrónico](#) Consulta del 22/05/2021.

el mensaje, el servidor hace contacto con el otro servidor utilizado por el destinatario, le transfiere el correo y le da la orden de enviarlo.

.Los autores Ricardo Galindo, Leydi Salinas, Deisy Jiménez, Luz Dary Reyes y Néstor Barrios¹⁴⁷ realizan el siguiente análisis:

“1. Cuando un usuario envía un correo, el mensaje se dirige hasta el buzón de correo de su proveedor de Internet.

2. Luego este lo almacena y lo reenvía al servidor de correo del destinatario, donde se guarda.

3. Y cuando el destinatario solicita sus mensajes, el servidor de correo del proveedor se los envía.

Todo esto se realiza en un período de tiempo breve. Pocos minutos bastan para que llegue el mensaje hasta su destino.”

Vela Delfa, Cristina lo explica de ésta forma¹⁴⁸:

Se trata de un sistema basado en un principio simple: un usuario de correo electrónico dispone de un espacio (buzón) en un ordenador conectado constantemente a la red (servidor) en el que se almacenan los mensajes enviados por otros usuarios. Este buzón se identifica mediante una secuencia llamada dirección electrónica. Cuando se quiere acceder a la consulta de los mensajes recibidos basta con conectarse con el servidor y abrir, mediante la palabra clave, el buzón.

Más adelante agrega:

“El ordenador del destinatario no tiene que estar conectado a la red al mismo tiempo que el del remitente, ya que en el correo electrónico intervienen unas entidades denominadas Mail-Router -servidores locales de correo electrónico- que reciben y aceptan los mensajes para transmitirlos, posteriormente, a sus destinatarios finales.”

Por otro lado, existen Servicios de Correos Electrónicos, también son conocidos como correo web, en el cual los proveedores de servicios de correo electrónico en línea permiten a los usuarios enviar, recibir y revisar correos electrónicos desde sus navegadores web. Los servicios de correo electrónico ofrecen de manera más fácil acceso y almacenamiento de mensajes de correo electrónico, para los usuarios que no están conectados a Internet desde su ubicación habitual.

¹⁴⁷ Galindo, Ricardo; Salinas, Leydi; Jiménez, Deisy; Reyes, Dary Reyes, Luz y Barrios, Néstor. Funcionamiento del correo electrónico. Recuperado en [FUNCIONAMIENTO DEL CORREO ELECTRÓNICO - Ricardo Leydi Deisy Luz Dary Néstor \(google.com\)](#) Consulta del 21/05/2021.

¹⁴⁸ Vela Delfa, Cristina. El correo electrónico el nacimiento de un nuevo género. 2007. Recuperado de [El correo electrónico el nacimiento de un nuevo género - E-Prints Complutense \(ucm.es\)](#); [Microsoft Word - portada.doc \(ucm.es\)](#), pág. 102 y ss. Consulta del 21/05/2021.

Al iniciar sesión en un servicio de correo electrónico, los usuarios simplemente ingresan el URL del sitio web de la dirección o el campo de ubicación de su navegador, y usan su cuenta de correo electrónico ingresando un nombre de usuario y una contraseña.

En lugar de descargar el correo electrónico a la computadora utilizada para verificar la cuenta de correo electrónico, los mensajes permanecerán en el servidor del proveedor, permitiendo al usuario acceder a todos sus mensajes de correo electrónico, independientemente del sistema que se esté utilizando.

Como características del correo electrónico puede señalarse que es *asincrónico*, lo que lo diferencia de otros medios usados en Internet como el chat o la videoconferencia. De todos modos, los autores son contestes en afirmar la inmediatez de los mensajes electrónicos y la rapidez y eficacia de la transmisión.

Sin embargo, Vela Delfa, Cristina señala:

La correspondencia electrónica no se fundamenta, obligatoriamente, en una temporalidad asincrónica, ya que no siempre aparece un lapso temporal importante entre los momentos de enunciación y de coenunciación. Por ello, a pesar de que resulta inevitable reconocer la necesaria presencia de una pausa entre la producción y la recepción, ésta no siempre adquiere la misma dimensión. Tal y como hemos visto, la conjunción de factores internos a la propia situación de comunicación, y otros relativos a la tecnología responsable de la mediación, hace que en muchas ocasiones la dimensión temporal de ciertos intercambios desarrollados a través del correo electrónico no difiera, en gran medida, de algunos generados a través, por ejemplo, de sistemas de chat.¹⁴⁹

Es decir, que ese carácter, dependerá en el uso en que los individuos hagan del mail. De esta manera, las modalidades de interacción, pueden ser continuas o discontinuas.

11.2 POR SITIOS WEB

En este caso la propuesta se encuentra en la Web con todas las características necesarias ya expuestas, con el precio, la modalidad de pago, forma y fecha de entrega, etc. La aceptación se realiza siguiendo los pasos preestablecidos en un procedimiento de contratación de una página, completando los formularios de pedidos del producto o servicio y con un click en un botón "Aceptar", "Ok", "Siguiente", "Finalizar" o semejante, previa aceptación de los llamados "Términos y Condiciones"; es decir, siguiendo los pasos preestablecidos para el procedimiento de contratación.

Ejemplo de lo que viene de decirse, es el de Mercado Libre .

¹⁴⁹ Vela Delfa, Cristina. El correo electrónico el nacimiento de un nuevo género. Pág. 298

11.3 POR VÍA DE TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE DATOS: CONTRATO ENTRE COMPUTADORAS

Son los acuerdos de intercambio electrónicos de datos: EDI. El EDI (Electronic Data Interchange) es un sistema informático que se basa en la idea de intercambio y facilita las operaciones comerciales a través de ordenadores, sin intermediarios. Están programadas para emitir una oferta en forma automática, recibirla y emitir una aceptación.¹⁵⁰

FERNÁNDEZ ESCUDERO define al EDI como

... el intercambio de información comercial en sentido amplio, incluyendo datos puros, consultas, órdenes y finalmente propuestas y aceptaciones, efectuado por medio de equipamientos informáticos dentro del campo interno de una empresa o interempresarialmente, mediante mensajes normalizados, es decir, con un formato estándar, previamente aceptado y admitido como medio válido de comunicación, gestión y eventual ligamen contractual¹⁵¹.

Diversos instrumentos de orden normativo han incorporado definiciones de las EDI, como el Modelo Europeo de Acuerdo de EDI, aprobado por la Comisión Europea el 19 de octubre de 1994, el de la Cámara de Comercio Internacional, decisión del 22 de setiembre de 1987, acordada en París en la 51ª sesión de la Cámara de Comercio Internacional, que aprobó las Reglas de Conductas para el intercambio de Datos por Teletransmisión (Reglas UNCID), el 14 de junio de 1996, la UNCITRAL aprobó la Guía para Incorporación al Derecho Interno del Modelo de la Cnudmi sobre los Aspectos Jurídicos del Intercambio Electrónico de Datos (EDI) y Otros Medios Conexos de Comunicación de Datos.

Con este sistema se opera a una gran velocidad en la comunicación, dejando de lado las distancias geográficas y al tratarse de mecanismos estandarizados, aceleran las decisiones disminuyendo los costos administrativos. Generalmente el EDI funciona con redes privadas y se aplica a operaciones entre grandes empresas.

¹⁵⁰ Stiglitz, Rosana. Contratos. Teoría general. Capítulo: Contratos celebrados por medio de computadoras. Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 223 y ss. Cita el siguiente ejemplo: “Un fabricante de automóviles, que produce cierto número de unidades al día, de distintos colores, programa su computadora para que reciba órdenes de compras sujetas a ese número máximo y a los colores disponibles; cuando el stock está agotado, la máquina no acepta más órdenes. Por otra parte, un vendedor minorista de automóviles programa su propia computadora para requerir al fabricante los vehículos conforme se lo piden los clientes; y, mediante ella, solicita las unidades. En el caso una computadora programada manifiesta una invitación a ofertar del fabricante, otra computadora programada manifiesta una oferta del vendedor minorista, y el contrato queda celebrado cuando ésta es expedida por la computadora del fabricante”.

¹⁵¹ Fernández Escudero, Josué. Seminario EDI. Intercambio electrónico de datos. Aspectos técnicos y jurídicos - Instituto Latinoamericano de Alta Tecnología, Informática y Derecho (ILATID). Buenos Aires, 1991. Revista DAT, año V, N° 56/57, abril/mayo 1993.

Los Agentes electrónicos son programas que celebran contratos en forma automática, sin intervención humana. CAFFERA¹⁵² enseña que un agente electrónico es un programador que celebra contratos en forma automática sin intervención humana concomitante. Cita a la *“Uniform Electronic Transactions Act (una ley modelo estadounidense) define al agente electrónico como un programa de computación o cualquier otro medio electrónico automático utilizado en forma independiente para iniciar o responder o cumplir total o parcialmente un contrato sin acción del individuo interesado.”*

Por su lado, el artículo 2.g) de la Convención de Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales define a los sistemas automatizados de mensajes como los programas informáticos o medios electrónicos, o algún otro medio automatizado, utilizados para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúen, total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta.

Esta realidad despierta algunos interrogantes: ¿qué sucede cuando el contrato es aceptado por un agente electrónico? ¿Se perfecciona el contrato? ¿Hay manifestación de voluntad? ¿Hay contrato?

Según BRIZZIO,

... para resolver esta cuestión se plantean diversas alternativas teóricas. Una propugna tratar a la computadora como una persona jurídica. Otra, en cambio, solo admite asignarle el carácter de una mera máquina. En este último caso, a su vez, se abrirían otras opciones, tales como: admitir que los contratos generados por computadoras están exceptuados del requisito de la voluntad del agente; admitir la ficción que las comunicaciones entre las computadoras derivan realmente de un controlador humano; o simplemente negar la validez de tales transacciones¹⁵³.

Algunos ordenamientos jurídicos han brindado una solución específica para esta modalidad contractual. Así lo ha hecho el legislador español. En efecto, la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico dispone: *“en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”*.

De manera que “del otro lado” puedo estar “contratando” con una máquina, cuyo programa predeterminado o bien recepciona mi aceptación o bien acepta mi oferta. No sólo eso, sino que también puede existir dos máquinas predeterminadas con igual o similar sistema

¹⁵² Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Ob. Cit. Pág. 608.

¹⁵³ Brizzio, Claudia. La informática en el nuevo derecho. Ob. Cit. Pág. 921.

de aceptación automatizada, sin intervención del individuo. Situación cuyo ejemplo se citó en referencia a la compraventa de diez automotores por día.¹⁵⁴

¿Ello implica una manifestación de voluntad? ¿Las voluntades están representadas por las computadoras en ausencia de los sujetos? En ese sentido, CAFFERA agrega que la ley norteamericana de firma electrónica establece que los agentes electrónicos operan como manifestaciones de voluntad cuando pueda demostrarse una conexión entre ellos y el acto de un individuo, y marca puntualmente como llamativo que a partir de esto, se cuestiona cuándo estamos frente a una manifestación de voluntad, interrogante que antes no se planteaba.

Por su parte, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL en su artículo 2, inciso b), define al “intercambio electrónico de datos” como la *“transmisión electrónica de información de una computadora a otra, usando alguna norma técnica convenida para estructurar la información”*.

A su turno, la Comisión Europea ha definido al EDI como *“el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en las transacciones comerciales con reducción al mínimo de la intervención manual”*¹⁵⁵

Un acuerdo de intercambio electrónico de datos funciona del siguiente modo: la empresa A fabrica productos a partir de un cierto insumo que adquiere de la empresa B. En la medida en que A desarrolla su actividad industrial, la existencia de ese insumo va disminuyendo, y cuando llegan a un determinado límite, la computadora de A manda un mensaje a la computadora de B, que automáticamente ordena la fabricación y/o el envío del producto hacia la planta de A. Tales programas también emitirán las facturas y realizarán los pagos.¹⁵⁶

Como un paréntesis a lo que viene de plantearse y sin ánimo de agotar el tema, uno de los problemas que se plantean en la contratación es el relativo a la **Imputabilidad de la declaración** de voluntad cuando la misma es emitida a través de una computadora, ya que el software y hardware cumplen una función instrumental, pero *“la declaración es imputable al sujeto cuya esfera de intereses pertenecen el hardware o software.”*¹⁵⁷ Los que habitualmente comercian a través de esta modalidad, pueden solucionar los inconvenientes que pueden plantearse – como el desconocimiento de la autoría del mensaje, que lo hizo un tercero – a través de un contrato a través del cual se determine en qué casos se considera que el mensaje electrónico corresponde a la órbita de intereses de cada parte contratante,

¹⁵⁴ Citado en el tema de contrato entre ausentes

¹⁵⁵ Comisión Europea - Presentación del EDI (Electronic Data Interchange) - EUR 11883 ES - Comisión de las Comunidades Europeas - 1999 - pág. 12.

¹⁵⁶ Hargain, Daniel. Ejecución del contrato por medios electrónicos. En Rippe, S.; Creimer, I.; Delpiazzo, C. y otros. Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario. Ed. BdeF - Julio C. Faira (ed.) - Buenos Aires, 2003, pág. 165.

¹⁵⁷ Lorenzetti, Ricardo. Comercio electrónico. Capítulo IV: Los contratos electrónicos. Ob. Cit. Págs. 176 y 177.

exigir firma digital u otras consideraciones. Pero para los que comercian ocasionalmente y en redes abiertas, la inseguridad en ese sentido sigue latente y para estos casos LORENZETTI, precisa ciertas reglas originadas en la interpretación de las cláusulas generales de los Códigos Civiles o en legislación especial, pero entiende que *“La regla general puede enunciarse diciendo que quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que éste pertenece a su esfera de intereses, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario. Esta regla se complementa con deberes colaterales que se imponen a las partes, como el de informar sobre el medio utilizado para comunicarse y el de utilizar un medio seguro...”* Nos dice que, de esta forma, quien decide comercializar electrónicamente, debe procurar utilizar medios seguros para prevenir que terceros puedan afectarlo. Se tratan de presunciones por lo que admiten prueba en contrario, pudiendo el emisor del mensaje electrónico comprobar que el mensaje no le pertenece.

El mismo autor hace hincapié en la diligencia media que debe tener el destinatario del mensaje electrónico en torno a las presunciones, no podrá atribuirle el mensaje al emisor cuando el remitente le advierte que no le pertenece o cuando debería haberlo sabido empleando la diligencia media.

11.4 POR SUBASTAS ELECTRÓNICAS

Se realizan a través de la Web exponiendo un producto, generalmente con un precio inicial que tiende al alza (también puede ser a la baja, por ejemplo, en las licitaciones), debiendo los interesados realizar pujas sucesivas sobre ese precio por un período previamente determinado. La contratación se realizará con quien resulte mejor postor que podrá tomar conocimiento de su calidad en forma inmediata o mediante una comunicación posterior (generalmente a través de un mail).

VIEGA cita a ROGEL quien expresa que

En las subastas al alza, el problema –previo a la determinación del momento de perfección del contrato- estriba en saber lo que es oferta y lo que es aceptación. Para unos, el precio inicial se integra en una invitatio ad offerendum a la que siguen o pueden seguir ofertas sucesivas –las pujas-, tesis que tiene el inconveniente de que las ofertas propiamente dichas pueden no ser aceptadas, y tal no sucede en el presente caso. Para otros –los más acertados, a mi parecer-, el precio inicial se integra en una verdadera oferta que, si bien se mira, es la siguiente: vendo por este precio u otro ulterior y más alto. A tal oferta siguen ulteriores aceptaciones de quienes hacen las pujas, cada una de las cuales está condicionada a la inexistencia de otra ulterior y más alta, permaneciendo sólo la superior. Dicha aceptación se integra con la oferta y determina el nacimiento del contrato cuando llega al sistema informático del oferente,

*independientemente de que éste la conozca más tarde y de que, una vez conocida, el oferente acuse recibo de la existencia de la misma y de la consiguiente existencia del contrato que genera.*¹⁵⁸

No tengo el honor de compartir la opinión del autor que viene de citarse. Por el contrario, entiendo que se trata claramente de una invitación a ofertar porque resta determinar el precio, elemento necesario en la compraventa de un producto (cosa por precio) y eso se realizará mediante las ofertas recibidas a través de la web y el aceptante será el que publicó el producto. No coincido en las “ulteriores aceptaciones” a las que hace referencia ya que “la” aceptación forma el contrato y la vida del mismo no puede estar condicionada por otra persona ajena a las partes.

11.5 CONTRATOS PERFECCIONADOS EN TIEMPO REAL VÍA INTERNET

¿Pueden celebrarse contratos por aplicaciones en celulares móviles como Whatsapp?

Como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, lo que nos vincula es la voluntad y dado que el contrato se forma al expresar el consentimiento, es indiferente la manera en la que se exteriorice, excepto en los contratos solemnes, por lo que la respuesta es afirmativa.

Este tipo de contratos pueden formarse a través del chat y por videoconferencia, donde el diálogo es electrónico, en tiempo real, en línea y en directo, ocurre instantáneamente. Las partes pueden coordinar un día y horario determinado para “encontrarse” a celebrar un contrato.

Tanto entre proveedores y consumidores, como en las relaciones entre no consumidores, hoy puede contratarse por medio de aplicaciones, a través de redes sociales como whatsapp (aplicación que vincula el número telefónico del titular del celular), Instagram, Facebook. Se promocionan determinados productos y a través de mensajería el interesado se comunica con el vendedor del producto o servicio.

Es decir, se trata de contratos que pueden realizarse a través de un teléfono móvil y es lo que los autores ANTÚNEZ y MESSANO llaman “Comercio Electrónico móvil”:

La tendencia a la generalización del uso de la telefonía móvil ha tenido un punto de inflexión a partir del advenimiento del teléfono inteligente (smartphones), tema que ha afectado sin duda al desarrollo del ‘Comercio Electrónico’ configurándose en uno de los máximos mercados a los que apuntan las grandes empresas.

¹⁵⁸ Viega, María José. La oferta y la aceptación en los contratos telemáticos. Recuperado en [LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN EN LOS CONTRATOS \(**\)](#) [aceptación. 3.1 Contratación entre presentes y contratación a distancia PDF Descargar libre \(docplayer.es\)](#) Consulta del 23/02/2021. Cita a Rogel Vide, Carlos. Los contratos electrónicos, sus tipos y el momento de su perfección. Pág 277.

Sitios como Google, Facebook, Twitter, YouTube o Reddit, y por supuesto también sitios más estrictamente ligados al 'Comercio Electrónico' como eBay o Amazon, compiten denodadamente por nuestra atención... Por lo tanto, podemos decir que 'Comercio Electrónico Móvil' es una especie de 'Comercio Electrónico' llevada a cabo a través de dispositivos móviles.¹⁵⁹

Los mismos autores hacen referencia a la gran gama de contrataciones que pueden realizarse a través de los celulares, como la adquisición de minutos de internet o el pago de un viaje en transporte público a través de una aplicación.

La red social Whatsapp, es una de las vías de comunicación por excelencia en la actualidad y es frecuente que se adquieran productos o se contraten servicios de la variedad que pueda imaginarse. La comunicación suele ser instantánea, sin interrupciones y cuando se envía un mensaje, pueden suceder las siguientes situaciones:

- 1- Aparece un tick sobre la derecha. Esto significa que el mensaje fue enviado, pero no ha sido recibido por el destinatario, lo que puede deberse a la falta de conexión a internet o porque el móvil está apagado.
- 2- Aparece un doble tick sobre la derecha. Significa que el mensaje fue enviado y que fue recibido por el destinatario. Si se trata de una aceptación pura y simple, entiendo que el contrato queda formado y la lectura en el momento o posteriormente es irrelevante jurídicamente. Situación que puede asimilarse al correo epistolar: la carta fue enviada y recibida por el destinatario; se forma el contrato porque nuestro derecho recoge la teoría de la recepción como se trató anteriormente.
- 3- El doble tick de la situación número 2, aparece en color azul. Esto significa que la persona "abrió" el mensaje para su lectura. Pero esa función, puede ser eliminada por el titular del servicio, por eso ésta tercera situación es eventual. De todos modos, en nuestro derecho, la lectura o no del mensaje no tiene relevancia jurídica por lo ya explicado.

Estos son los elementos de validación de los mensajes.

Si bien en ésta aplicación puede visualizarse la "última hora de conexión" – eventualmente, porque también puede ser modificado por el usuario - no es un dato trascendente en lo que hace a la formación del contrato.

No debe dejar de considerarse la posibilidad de la eliminación del mensaje ya enviado, ya recibido o incluso ya leído por el destinatario. Entiendo que implica un retiro de la oferta o aceptación en su caso; si se trata de una oferta, podrá eliminarse antes de que llegue la

¹⁵⁹ Antúnez, Nicolás y Messano Fabrizio. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II", Capítulo 3 "Comercio Electrónico. Ob. Cit. Pág. 131 y ss.

aceptación al oferente; si se trata de la aceptación, salvo la hipótesis en la que el mensaje no fue recibido, el contrato ya estaría formado.

Las partes quedan obligadas desde el momento que llega la aceptación al oferente aunque no aparezcan las marcas de validación (en todo caso, será un tema de prueba).

En Facebook o Instagram la situación es similar. Se promociona la venta de un producto o servicio, por un proveedor o por un particular y el interesado se contacta a través de mensajes (públicos o privados).

Se trata de una gran expansión de las comunicaciones que repercute en un comercio sin fronteras.

12. DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado se observan modificaciones legislativas tendientes a acompañar este nuevo tipo de contratación, adaptando la contratación tradicional a las nuevas tecnologías de acuerdo a las opiniones de la doctrina.

12.1 ARGENTINA

En Argentina se regula el tema de la contratación electrónica escuetamente, ya que sólo se hace referencia en el Título de los “Contratos de Consumo”, bajo el Capítulo denominado “Modalidades especiales” y en los contratos a distancia en los artículos 1104 y siguientes del nuevo Código Civil y Comercial. La normativa citada refiere al ámbito de los contratos de consumo, es decir, los llamados Business – Consumer (contrato entre proveedor y consumidor) para diferenciarlos de los contratos Business – Business (contrato entre empresarios). Hubiese sido un avance más significativo la introducción de normas de carácter general, sin perjuicio de legislar en concreto para las relaciones de consumo.

Entre otras cosas, se determina que el proveedor debe informar no sólo el contenido del contrato, sino la facultad de revocar (cuyo plazo se fija en 10 días desde la recepción del producto o *desde que el proveedor comuniqué que recibió la aceptación*, lo que ocurra en último término), además de los datos para la correcta utilización del medio elegido. Regula también la vigencia de la oferta, lugar de cumplimiento del contrato, gastos y varios aspectos relativos a la facultad de revocar.

No se legisla concretamente sobre el momento del perfeccionamiento del contrato, pero resulta novedoso, siguiendo la tendencia del derecho europeo, que se establece la obligatoriedad del oferente de *“confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.”* De esta forma, en el derecho argentino, los contratos celebrados por Internet, son una especie dentro del género de contratos de consumo celebrados a distancia.

En principio, parece tratarse de una *etapa más* que se suma al elenco de la propuesta y aceptación. Es decir que podríamos considerar que, realizada la propuesta, el destinatario asume la actitud de aceptarla, la emite, llega al proponente y éste acusa recibo de la misma “sin demora y por vía electrónica”. Ahora bien, cabe preguntarse en qué momento se perfecciona el contrato en este caso: ¿se produce cuando la aceptación llega al oferente o cuando la confirmación de la recepción de la aceptación llega al consumidor? Si bien en ambos casos, esto es, en la Directiva Europea y en el Código Civil y Comercial Argentino se establece que debe ser *“sin demora”*, me planteo qué sucede en ese intervalo si esa confirmación no es inmediata ¿El consumidor puede enviar una comunicación contraria?

Considerando que en el derecho argentino rige la teoría de la recepción desde que en su artículo 971 se establece que *“Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta...”* concluyo que los contratos electrónicos no son la excepción a esa norma, por lo que la obligatoriedad del acuse de recibo en cabeza del proveedor no constituye una “etapa más” en la formación del contrato, sino que entiendo que es una obligación legal de carácter contractual (porque el contrato ya está perfeccionado).

Cuando se regula la Oferta se establece que es la "hecha a una persona presente" o "formulada por un medio de comunicación instantáneo", sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente (974 CCC). Se equiparan a los contratos entre presentes y los de comunicación instantánea, lo que evita la discusión de si la contratación electrónica es “entre presentes” o “ausentes”.

12.2 ESPAÑA

En España, la Ley 34/2002 de *“Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico” - 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo* - define a la contratación electrónica como *“todo contrato en el que, al menos, la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*.

La Directiva Europea multicitada (2000/31/CE) regula todo tipo de contratos, tanto los contratos entre empresas, como entre empresas y consumidores.

NOVELLI afirma que

Respecto del momento de celebración, la ley opta por un criterio uniforme, sean los contratos de consumo o no. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe (es decir que, básicamente, se sigue la teoría de la cognición o conocimiento). En cambio, los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos se consideran perfeccionados desde que se manifiesta la aceptación (teoría del envío o expedición).¹⁶⁰

¹⁶⁰ Novelli, Mariano. El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado. Ob. Cit.

12.3 PERÚ

Por otra parte, en Perú, la Ley 12.991 modifica el Código Civil en cuanto permite la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y la utilización de la firma electrónica.

12.4 MÉXICO

El 29 de mayo de 2000 el gobierno federal mexicano dictó un decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Por medio de esta norma se incorpora un título completo al Libro Segundo del Código de Comercio, el Título II, denominado “Del Comercio Electrónico”, que comprende los arts. 89 a 94. El art. 92 regula al acuse de recibo, disponiendo que, si éste fuese necesario por disposición legal o por así requerirlo el emisor del mensaje de datos, se considera que el mensaje ha sido enviado sólo cuando se haya recibido el acuse.

Como podrá advertirse, las soluciones legales ya adoptadas tienden a soluciones idénticas, delineándose líneas comunes de regulación.

12.5 FRANCIA

En la Ordenanza Francesa del año 2016 a través de la cual se modifica la sección de obligaciones y contratos del Código Civil, se regula la contratación electrónica haciendo especial referencia al correo electrónico. Se recoge la teoría de la recepción al decir en el artículo 1127-2 que: *“El pedido, la confirmación de la aceptación de la oferta y el acuse de recibo se considerarán recibidos cuando las partes a las que estén dirigidos puedan tener acceso a ellos.”*

13. NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN URUGUAY

En Uruguay aún no hay normativa sobre contratación electrónica. Sólo existen referencias específicas como en el artículo 16 de la Ley 17.250 que regula el derecho de rescisión que tiene el consumidor cuando la oferta se realiza fuera del local empresarial “por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar”.

Se plantea si el contrato electrónico contiene características tan especiales que determinen la inaplicabilidad de la normativa general en materia de contratación y haga necesaria su regulación legal específica. Se han dado diferentes posiciones al respecto:¹⁶¹

Por un lado, se ha sostenido que el contrato electrónico no supone alterar la aplicación de la teoría general del contrato.

CAFFERA¹⁶² nos dice que *“el contrato electrónico no pone en cuestión las estructuras básicas de la teoría del contrato.”* Y agrega que *“... pretender que los medios electrónicos suponen una alteración en un nivel lógico tan elevado como el de la teoría del negocio jurídico, supondría algo así como exigir una nueva redacción del Artículo 1319 del Código Civil para contemplar los daños causados por medio de computadoras. Ambos extremos serían absurdos.”*

MÀRQUEZ y MOISSET consideran que

*El contrato electrónico es regido por los principios generales de los contratos y las obligaciones de la legislación que le es aplicable. El acuerdo de voluntades a través de medios electrónicos no implica un nuevo concepto jurídico, al que deba aplicársele un nuevo instrumental para regulárselo. El mantenimiento del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados y la equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos son dos de los principios que rigen la contratación electrónica.*¹⁶³

Otro sector de la doctrina, considera que el contrato electrónico requiere de tratamiento específico. Por ejemplo, en la doctrina argentina, Lorenzetti considera que trata de *“un nuevo supuesto de hecho, que obliga a remodelar los conceptos y normas existentes.”*¹⁶⁴

En el mismo sentido, Ghersi afirma que *“el contrato en términos de la sociedad de consumo de los países subdesarrollados, debe profundizar y crear su propia teoría general.”*

¹⁶¹ Marcos Serati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Ob. Cit. Pág 5.

¹⁶² Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Ob. Cit. Pág. 603.

¹⁶³ Márquez, José y Moisset de Espanés, Luis. La formación del consentimiento en la contratación electrónica. Ob. Cit. Pág. 794.

¹⁶⁴ Lorenzetti, Ricardo. Comercio electrónico. Capítulo IV: Los contratos electrónicos. Ob. Cit. Pág. 163.

Por lo que considera necesaria la construcción de una Teoría General del Contrato de Consumo.¹⁶⁵

En el ámbito del Grupo Mercado Común del MERCOSUR no se reguló concretamente sobre el contrato electrónico, pero se sancionó la Resolución N° 21 de fecha 8 de octubre de 2001, en relación al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales efectuadas por Internet. Se enfatiza en que la información debe ser clara, precisa, suficiente y de fácil acceso tanto sobre el proveedor del producto o servicio, como del mismo producto o servicio y de las transacciones electrónicas.

Cualquier regulación que se planifique a nivel nacional, en cualquier país, presenta como dificultad que se trata de una red que opera globalmente. Por eso sería conveniente una regulación a nivel comunitario, por ejemplo, a nivel del MERCOSUR o suscribirse Tratados Internacionales. Así sucede con el derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet, del Mercosur y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de las Naciones Unidas.

Por otra parte, recientemente, en febrero de 2021, fue presentado un proyecto de Ley a la Cámara de Representantes que agrega un literal al artículo 2 y un artículo a la Ley 18.600 sobre “Documentos y firma electrónica” donde se define al contrato electrónico y se establece la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica.¹⁶⁶

Además, se agregan dos artículos a la Ley 17.250 respecto a la obligatoriedad de brindar información electrónica del proveedor a la que debe accederse en “*forma permanente, fácil, directa y gratuita*” así como la exigencia de información sobre comunicaciones comerciales.

¹⁶⁵ Gherzi, Carlos Alberto. El contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo. Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra. Montevideo. FCU, 2001, págs. 138 y ss.

¹⁶⁶ La redacción utilizada en el proyecto, es coincidente con la LSSICC multicitada en el presente trabajo.

14. CONCLUSIONES

El contrato se forma cuando se perfecciona el consentimiento. En nuestro derecho, rige el sistema de la recepción, por lo que se perfecciona cuando la aceptación es recibida por el oferente. Si bien puede entenderse que, entre presentes, cuando la comunicación es en tiempo real, la aceptación debe ser inmediata, salvo que se haya fijado plazo, de lo contrario se extingue la oferta mientras que, cuando la comunicación no es en tiempo real, el contrato es entre ausentes, la realidad es que no existe regulación expresa.

Como se concluyó en el capítulo en que el tema fue tratado, entiendo que los conceptos tradicionales de “contrato entre presentes” y “contrato entre ausentes” no son suficientes para ser aplicados a esta nueva modalidad de contratación electrónica. Se expresó que en algunas hipótesis carece de sentido encasillarlas en uno u otro, como sucede por ejemplo en el caso de la videoconferencia donde las partes pueden verse y escucharse permitiendo igual comunicación que la que pueden mantener personas presentes, pudiendo valorar los tonos de voz y las expresiones corporales como insumos para determinar la intención de las partes.

En la contratación electrónica es anacrónico hablar de distancia física de los contratantes, es indiferente que las partes estén presentes o ausentes físicamente y adquiere mayor relevancia determinar si la comunicación es instantánea o sufre interrupciones.

En cuanto al momento de aceptación, será aquél en que el mensaje, enviado por medios electrónicos, es recibido por el oferente, importa el momento en que el mensaje ingresa a la esfera de control del destinatario, independientemente de la posterior lectura por el mismo.

Respecto a si la Teoría General del Contrato resulta suficiente para ser aplicado al contrato electrónico, en coincidencia con la posición mayoritaria, entiendo que no se aparta de ella y, por lo tanto, su normativa es perfectamente aplicable. Aunque se advierte que presenta particularidades, como el medio a través del cual se presta el consentimiento lo que, haría pertinente legislar al respecto tal como se ha hecho en otros países.

Sin desconocer el proyecto de ley presentado en febrero del corriente año como fue señalado, se concluye que podría ser hoy la oportunidad para incorporar algunas reglas básicas destinadas a la regulación de los contratos celebrados por medios electrónicos en un espacio virtual que obstaculiza la localización territorial de las relaciones jurídicas a la hora de determinar por ejemplo la ley aplicable y la jurisdicción competente.

La regulación debería ser flexible para abarcar los avances tecnológicos que inevitablemente irán sucediendo y no enmarcarse en los actuales. Sin perjuicio, de que el objeto de estudio de la presente tesis refiere sólo a la etapa de consentimiento, en la oportunidad de regulación deben considerarse todas las etapas, incluidas las de ejecución. Y debería regularse las contrataciones entre empresas por un lado y empresa y consumidores

por otro, a pesar de que lo frecuente en este último caso, es que todos se formalicen por contratos de adhesión.

Es importante tener en cuenta principios específicos que rigen el Comercio Electrónico y que han sido incorporados a nuestro Derecho¹⁶⁷ como el de *Equivalencia Funcional*, a través del cual se atribuye la misma eficacia probatoria a los mensajes de datos y firmas electrónicas que el que se consagra legalmente para los documentos escritos, logrando la seguridad jurídica para su desarrollo; el de *Neutralidad Tecnológica*, que implica que la Legislación no se limita a aceptar una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos, donde se incluyen las tecnologías que ya existen y las que podrían surgir; o el principio de *Libertad Informática*, que tiene relación con la posibilidad de autocontrolar los datos personales de un determinado programa electrónico (consultar su existencia y poder modificar, agregar o quitar).

La ley avanza por detrás de la realidad. El avance de la tecnología de la información se ha desarrollado de manera tal que ha permitido que la contratación electrónica esté instalada en lo cotidiano. Nos obliga a repensar conceptos tradicionales del derecho, como el concepto de consentimiento contractual ya que, si bien su validez es admitida, en los contratos de consumo, al tratarse muchas veces de contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada.

Nuestro derecho ha regulado aisladamente algunos aspectos de la contratación electrónica como la referencia en la Ley de Relaciones de Consumo, la Ley de documentos electrónicos y firma electrónica y actualmente existe un proyecto de ley presentado en la Cámara de Representantes.

De todos modos, puede entenderse que la Ley Modelo rige en nuestro derecho por incorporación del artículo 16 del Código Civil y el artículo 332 de la Constitución, como doctrina generalmente admitida por lo que algunos aspectos no requerirían de regulación específica, como la definición de mensajes de datos (MD) y cuando se considera recepcionado a través de las presunciones analizadas en el presente trabajo.

En la modernización legislativa que viene de sugerirse, entiendo que debe regularse lo siguiente:

- Acuse de recibo obligatorio por el proveedor del producto o servicio, debiendo incluir los términos y condiciones que rigen la contratación por un medio que permita el almacenamiento inviolable, el fácil acceso de modo que puedan consultarse en cualquier momento, tal como se regula en la Ley de Seguros, por ejemplo. Entiendo que debe establecerse que se puede pactar en contrario cuando se trata de contratos fuera de la relación de consumo y las partes no lo consideren necesario, ya que

¹⁶⁷ En la Ley 18.600 que regula el documento y la firma electrónica, artículo 3.

establecer su obligatoriedad para todas las relaciones contractuales resultaría una excesiva exigencia, especialmente entre particulares no consumidores. Sería una oportunidad de mejora de la Ley de Relaciones de Consumo que sólo prevé el derecho a rescindir el contrato en el artículo 16. Con esto se permite tener mayor seguridad jurídica de lo que efectivamente fue aceptado, de que no se modifiquen las condiciones, otorgando mayor tutela del aceptante.

- Que no se limite a la regulación de los contratos de consumo, sino hacerlo extensible a todo contrato.

Por último, debería considerarse la revisión de la necesidad de las exigencias de solemnidades en nuestro derecho, si hoy se justifica su existencia. De entenderse que no, se ampliaría el ámbito de aplicación de los contratos electrónicos.

15. BIBLIOGRAFÍA

- Alterini, Atilio. Bases para armar la Teoría General del Contrato en el Derecho moderno. Revista de la Asociación de Escribanos. N° 80. 1994.
- Antúñez, Nicolás y Messano Fabrizio. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Capítulo 3: Comercio Electrónico, FCU, Montevideo, 1° Edición, 2018.
- Belda Medina, José R., “La Comunicación en español a través del correo electrónico”, Revista de investigación Lingüística. N° 2- Vol. V- 2002. Recuperado en [2002_Belda-Medina_RevInvLing.pdf \(ua.es\)](#) [RUA: La comunicación en español a través del correo electrónico](#)
- Braga Fusta, María Mercedes. Argentina. “TEMA: II ANALISIS SONBRE LA CONTRATACION MERCANTIL MODERNA Y CONVENIOS DE SINDICACION” XVII Jornada Nacional del Notariado Novel. XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur. En Salto, Uruguay. Año 2016.
- Brizzio, Claudia. La informática en el nuevo derecho. Editorial Abeledo-Perrot - Buenos Aires. 2000.
- Cafaro, Eugenio y Carnelli, Santiago. Eficacia Contractual, FCU, Montevideo, 3° Edición, Julio de 2007.
- Caffera, Gerardo. “Contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento.” Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXXII
- Caffera, Gerardo. “Una mirada a los contratos informáticos y al tema del consentimiento por medios electrónicos.” Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXVIII
- Caffera, Gerardo. Momento y lugar de perfeccionamiento del contrato. Ejecución: Medios de pago. Contratación Electrónica. AEU, 1° edición, 2006
- Fernández Escudero, Josué. Seminario EDI. Intercambio electrónico de datos. Aspectos técnicos y jurídicos. Instituto Latinoamericano de Alta Tecnología, Informática y Derecho (ILATID). Buenos Aires, 1991. Revista DAT, año V, N° 56/57 - abril/mayo 1993.
- Fernández Flores, Ricardo. La ejecución de los contratos click-wrap y browse-wrap en Derecho español. [La ejecución de los contratos click-wrap y browse-wrap en Derecho español | E&J \(economistjurist.es\)](#).
- Fernández, Gabriel. Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento. Revista de la Asociación de Escribanos N° 81. 1995.

- Galindo, Ricardo; Salinas, Leydi; Jiménez, Deysi; Reyes, Dary Reyes, Luz y Barrios, Néstor. Funcionamiento del correo electrónico. Recuperado en [FUNCIONAMIENTO DEL CORREO ELECTRÓNICO - Ricardo Leydi Deisy Luz Dary Néstor \(google.com\)](#)
- Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XI. FCU, Montevideo, 4º Edición, 2006.
- Ghersi, Carlos Alberto. El contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo. Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra. Montevideo. FCU, 2001.
- Grover Dorado, Jhon. Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino. Sistema argentino de información jurídica ID SAIJ: DACF160582. Recuperado en <http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino-dacf160582-2016-10-26/123456789-0abc-defg2850-61fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016/10%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrga>
- Hargain, Daniel. Ejecución del contrato por medios electrónicos. En Rippe, S.; Creimer, I.; Delpiazzo, C. y otros. Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario. Ed. BdeF - Julio C. Faira (ed.) - Buenos Aires, 2003.
- Lorenzetti, Ricardo. Comercio electrónico. Capítulo IV: Los contratos electrónicos. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001, págs. 173 y 174. Recuperado en <https://formulacionnotarial.files.wordpress.com/2016/02/el-contrato-electrc3b3nico-r-lorenzetti.pdf>
- Marcos Sperati, Natalia. Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Recuperado en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Marcos-Sperati-Condiciones-de-la-oferta-en-el-ambito-del-comercio-electronico-segun-el-Derecho-uruguayo.pdf>
- Márquez, José Fernando y Moisset de Espanés, Luis. La formación del consentimiento en la contratación electrónica. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Consumidor. Dora Szafir. Tomo II, La Ley, 2011.
- Noblía, Aída. Obligaciones pactadas mediante medios informáticos. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Volumen 87, N° 1-6, enero-junio 2001.
- Novelli, Mariano. El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado. Recuperado en https://www.uai.edu.ar/media/42513/ganadores-2013_el-perfeccionamiento-de-los-contratos-celebrados-por-medios-electrc3b3nicos-en-el-derecho-argentino.pdf.

- Ordoqui Castilla, Gustavo. Tratado de Derecho de los Contratos. Tomo III. Formación del Contrato. Editoriales AMF, Jeditores Uruguay y Ediciones del Foro, 1º Edición, noviembre de 2015.
- Ordoqui Castilla, Gustavo. Contratación electrónica e inteligencia artificial. Principios y Garantías de los Contratos. Revista Iberoamericana de Derecho Privado, Número 5. Mayo de 2017.
- Pinochet Olave, Ruperto. La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información. Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 273 - 302, 2005. Recuperado de: [La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico \(conicyt.cl\)](#)
- Rojas Amandi, Víctor Manuel. "El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica." Revista de Derecho Privado, nueva época, año VI, núm. 16-17, enero-agosto de 2007. En Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Recuperado de [EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA | Rojas Amandi | Revista de la Facultad de Derecho de México \(unam.mx\)](#)
- Rosas Villarrubia, Ingrid. "Contratación electrónica y Relación de Consumo. Regulación en el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE – Número 17.
- Segarra, María Serrano. La formación del contrato electrónico. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de ELCHE – Volumen I, Número 1, Julio 2006. Recuperado de: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/01-tl-04.pdf>
- Stiglitz, Rosana. Contratos Teoría general. Capítulo contrato celebrados por medio de computadoras. Depalma. Buenos Aires, 1990.
- Téllez, Julio y Becerril, Anahiby. Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II. Comercio Electrónico. FCU 2018.
- Vela Delfa, Cristina, El correo electrónico el nacimiento de un nuevo género. 2007. Recuperado de [El correo electrónico el nacimiento de un nuevo género - E-Prints Complutense \(ucm.es\)](#); [Microsoft Word - portada.doc \(ucm.es\)](#)
- Viega Rodríguez, María José. Derecho Informático e Informática Jurídica I, FCU, 1º Edición, 2017.
- Viega Rodríguez, María José y Hernández Varela, María Jimena. Derecho Informático e Informática Jurídica II. FCU, 1º Edición, 2018.

- Viega Rodríguez, María José. Consentimiento contratos telemáticos. Recuperado en [OFERTA \(viegasociados.com\)](#) También en Aspectos Jurídicos de la contratación a través de Internet. Recuperado en [Aspectos Jurídicos de la Contratación \(viegasociados.com\)](#)
- Viega, María José. La oferta y la aceptación en los contratos telemáticos. Recuperado en [LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN EN LOS CONTRATOS \(**\) aceptación. 3.1 Contratación entre presentes y contratación a distancia PDF Descargar libre \(docplayer.es\)](#)
- Zuvi, Lidia Irene cita a Brizzio, Claudia: “Contratación mediante click-wrapping” – RCyS, 2000. Recuperado de [Reforma al Código Civil y Comercial \(LEY 26.994\) Medios Electrónicos. por Lidia Zuvi - cintec \(google.com\)](#)