

INFORME SOBRE EL CONSENTIMIENTO Y LOS MEDIOS INFORMÁTICOS EN LAS PONENCIAS PRESENTADAS EN LAS XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Maximiliano Rafael Calderón¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Régimen vigente y principios aplicables en materia de contratación electrónica. 3. Momento de celebración del contrato. 4. Lugar de celebración del contrato y ley aplicable. 5. Otras cuestiones analizadas. 6. Epílogo.

I. Introducción

El presente informe tiene la exclusiva finalidad de compendiar las Ponencias presentadas por los integrantes del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, en la Comisión Número 3 de las Décimo Octavas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas los días 20, 21 y 22 de septiembre de 2001 en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (U.C.E.S.).

El tema tratado en la referida comisión fue "El consentimiento y los medios informáticos", y fueron tres las ponencias presenta-

¹ Profesor Adjunto de Derecho Público Provincial y Municipal, U.C.C. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Civil III, U.C.C.

das por integrantes del Departamento de Derecho Civil de nuestra Facultad:

a) Ponencia presentada por Maximiliano Rafael Calderón y José Fernando Márquez².

b) Ponencia presentada por Maximiliano Rafael Calderón, Ilse Ellerman³ y Marina Andrea Riba⁴.

c) Ponencia presentada por José Eduardo González⁵ y Guillermo Pedro Tinti⁶.

Reproducimos las ponencias respectivas, limitándonos a ordenarlas temáticamente. Prescindimos, en esta instancia, de mayores referencias a las conclusiones generales de dicho congreso, por exceder a la finalidad del presente informe, tal la de mostrar ordenadamente la opinión sobre el tema de marras de los diversos integrantes del Departamento de Derecho Civil de nuestra facultad.

II. Régimen vigente y principios aplicables en materia de contratación electrónica

En este punto, las tres ponencias fueron considerablemente coincidentes.

Así, los ponentes concordaron en que el consentimiento obtenido por medios electrónicos no difiere del expresado por otros medios tradicionales de manifestación de la voluntad.

Como consecuencia de lo dicho, se acepta la aplicabilidad al consentimiento manifestado por medios electrónicos de las normas del Código Civil y de los principios generales del derecho privado.

² Profesor Adjunto de Derecho Civil II U.C.C.. Profesor de Derecho Privado IV Universidad Siglo XXI.

³ Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Privado, U.C.C.

⁴ Jefe de Trabajos Prácticos de Filosofía del Derecho y Adscripta de Derecho Civil III, U.C.C.

⁵ Profesor Titular de Derecho Civil III, U.C.C.

⁶ Profesor Adjunto de Derecho Civil III, U.C.C.

1. La ponencia presentada por Márquez y Calderón expresó lo siguiente:

"1. Aspectos generales

1.1. El consentimiento contractual alcanzado mediante la utilización de sistemas de información o medios informáticos tiene los mismos alcances, efectos y validez que el obtenido mediante los medios tradicionales (verbales, cartulares, telegráficos u otros medios electrónicos).

1.2. En tanto no exista una normativa específica que lo regule, el consentimiento alcanzado por medios informáticos (contratos electrónicos o telemáticos), así como las declaraciones de las partes que lo integran (oferta y aceptación) emitidas de esa manera, se encuentran regidos por las normas y principios generales de la contratación en general.

1.3. Cualquier normativa que pretenda la regulación de la problemática de la contratación electrónica, en forma integral o en alguno de sus aspectos particulares, deberá respetar los principios de no discriminación de los contratos electrónicos, equivalencia funcional e inalterabilidad de los principios de los derechos de obligaciones y de contratos".

2. Sobre la misma temática se afirma en la ponencia presentada por Calderón, Ellerman y Riba que:

"I) Formación del consentimiento en general

1. La celebración del contrato por medios electrónicos no difiere técnicamente de la celebración de contratos por otros medios (verbal, epistolar, telefónico, etc.), requiriendo en consecuencia de las dos típicas declaraciones contractuales: oferta y aceptación.

2. El medio electrónico no genera una modificación cualitativa en la dinámica contractual, desde que sólo representa un instrumento particular a los fines de la expresión de la voluntad de las partes que debe ser tratado, más allá de sus particularidades técnicas y tecnológicas, de una manera jurídicamente equiparable a las formas tradicionales de expresión de la voluntad.

3. La existencia, eficacia y fuerza obligatoria de los contratos celebrados por medios electrónicos no se encuentra afectada o disminuida en razón de la específica forma de expresión de la volun-

tad, coincidiendo por ello con las que corresponden a los contratos celebrados por medios tradicionales”.

3. A su turno, González y Tinti destinaron la totalidad de su ponencia al tratamiento del tema de referencia

En la misma afirmaron:

“El consentimiento expresado por medios informáticos o electrónicos: vigencia de las soluciones clásicas.

I. Expresar el consentimiento por medios informáticos no es otra cosa que la voluntad coincidente y conjunta de las partes manifestada utilizando elementos de informática o información automatizada, es decir, trasladando los datos que conforman ese consentimiento a través de hardware y software que generalmente ha sido predispuesto para llevar adelante la contratación.

Para considerar y solucionar gran parte de la problemática que se suscita respecto de esas manifestaciones de consentimiento siguen en vigencia las soluciones contenidas en el Código Civil, y que continúan plasmadas en el proyecto de Código unificado actualmente en discusión.

II. La concepción jurídica tradicional ha considerado siempre al consentimiento como el eje o meridiano en torno al cual se desarrolla el contrato; definiendo además que consentimiento es una manera como se manifiesta la voluntad de un sujeto en relación con un contrato, pudiendo hacerse —en términos de nuestro Código Civil— por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra (1144).

Con relación a situaciones donde el consentimiento se manifiesta por modernos medios de comunicación, electrónicos o informáticos, sigue resultando menester investigar las relaciones que existen entre la voluntad y la declaración.

Recordemos que primeramente la teoría dominante —SAVIGNY a la cabeza— consideraba a la voluntad como el elemento principal en el negocio jurídico. Sin embargo la voluntad como estado interno necesita explicarse, hacerse sensible, y la declaración sirve a esta función exteriorizadora. La declaración por tanto es sólo un medio de revelación o de manifestación, pero lo esencial, lo

jurídicamente eficaz, es la voluntad. Por lo tanto en el conflicto entre voluntad y declaración debe prevalecer aquélla.

Pero luego —*IHERING*— con la teoría de la culpa in contrahendo y con la del compromiso tácito de garantía —*WINDSCHEID*— comienzan a restarle efectos a esas consideraciones sobre la voluntad, ganando terreno la concepción que privilegia la declaración por sobre voluntad, partiendo de que una voluntad que no se exterioriza o que no se declara es igual que si no existiese. Ello porque la declaración de voluntad, más que una manifestación, es una incorporación al mundo, es un ingreso en la realidad de los demás imprescindible para anudar relación jurídica. Se llega a afirmar, en contra de la validez de la sola voluntad interna —*SCHALL*— que resulta una pura abstracción, un simple deseo vago, un quid metafísico inaprehensible; y un mero estado espiritual no puede ser punto de partida de consecuencias jurídicas. Y en cuanto que el derecho quiere ofrecer al comercio jurídico (al mundo jurídico) un medio vincular adecuado, sólido, seguro, y este medio no puede ser otro que la declaración de la voluntad. Con tal criterio la regla general que se formula es ésta: La declaración emitida por una persona capaz produce efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se ha querido o no realmente.

Como la razón parece no estar totalmente en uno u otro lado, sino al medio, como advierte finalmente *HARTMANN* (seguido por *AGUIAR* en nuestro país), y entonces lo que se postula es ponerse ante casos prácticos o tratar de resolver los problemas manteniéndonos en el terreno de la vida práctica, liberándonos de toda especulación unilateral y apriorística. Vemos entonces que cuando alguien entra en el comercio jurídico y realiza pública y conscientemente la exteriorización de un negocio, el derecho debe —en condiciones normales— hacer que dicho negocio produzca consecuencias. Eso es aplicable perfectamente aún cuando el ingreso a la consideración negocial ajena se lleve a cabo por un medio informático, que puede tener cierto cariz impersonal pero es absolutamente práctico e idóneo para llevar ofertas a conocimiento de otros sujetos.

Voluntad y declaración son —dice *AGUIAR*— dos caras de una misma moneda, moneda que debemos poner como peaje para ingresar al mundo jurídico negocial.

III. En consecuencia, y teniendo en cuenta que serán las soluciones prácticas las que se van imponiendo —tanto en el mundo

legislativo como en el judicial— se debe operar suavizando el rigor de los principios.

Así se hizo por ejemplo a partir de la llamada Teoría Armónica o mixta, que sostiene como regla general que debe prevalecer la voluntad interna, real y efectiva de las partes, pero que excepcionalmente debería prevalecer la declaración en dos casos importantes:

a) Cuando la divergencia es imputable a culpa de quien emite la declaración (en base a la malicia o negligencia en el comportamiento).

b) Cuando la parte destinataria de la declaración haya procedido de buena fe y lo exija la seguridad del comercio, tratándose de negocios onerosos.

IV. Vemos entonces que debe predominar el criterio de proteger la confianza en la apariencia de manera que no resulte menoscabada la buena fe y la seguridad general de los negocios.

Así quien asume la responsabilidad de una declaración de voluntad tiene obligación de ser claro —lo que algunos llaman el cargo de claridad— y sincero —cargo de lealtad— y que faltando a esos deberes y al margen de toda culpa, el ordenamiento puede imponerle que quede obligado por el sentido que objetivamente puede darse a su declaración según las circunstancias.

El problema de expresar el consentimiento por medios informáticos o electrónicos se resuelve con la aplicación de esos mismos principios, y así resulta eficaz como medio para atar o vincular a las partes.

Otra cosa es saber si la comunicación electrónica o informática sirve como medio de prueba o de reconocimiento, es ese sin embargo otro problema, quizás de corte procesal, pero cuyo tratamiento excede el objetivo de esta ponencia.

V. Que en definitiva el consentimiento puede ser de dos maneras: **expreso** (manifestado verbalmente, por escrito o por signos inequívocos) o **tácito** (que resulta de hechos que lo presupongan o autoricen a presumirlo), lo que se verifica también aunque se empleen medios informáticos para expresarlo. Que el problema en esos casos sería poder determinar la existencia o inexistencia del consentimiento tácito, pero ello será siempre una cuestión de hecho librada al criterio judicial. Tal ocurrirá también en ciertos casos de silencio ante la oferta enviada por medios informáticos; pues se puede considerar también que si el silencio se da frente a

hechos que implican ejecución del contrato, será muy difícil no considerarlo como consentimiento, máxime si existen relaciones contractuales anteriores (v. p. ej. art. 931 del proyecto de reforma del CC).

III. Momento de celebración del contrato

Existe también en este aspecto coincidencia de los ponentes: desde que se aplica a los contratos celebrados por medios electrónicos la normativa general, el momento de celebración se establece por lo prescrito en el Código Civil (arts. 1154, 1149, 1155).

A su tiempo, se propuso para una eventual legislación especial sobre el tema la adopción de la teoría del conocimiento.

1. Sobre el tópico apuntaron Calderón y Márquez:

"2. Oferta y aceptación contractuales. Momento de celebración del contrato.

2.1. La oferta y la aceptación emitidas mediante una transmisión electrónica de datos tienen plena validez en nuestro sistema de derecho privado vigente y deben ser reconocidas como vinculantes y obligatorias (en los términos y con las particularidades del derecho sustantivo), en tanto se reconoce la libertad de formas para las declaraciones de voluntad.

2.2. Toda declaración de voluntad expedida mediante sistemas de información (ya sea la oferta o la aceptación) se considerará emitida cuando el mensaje de datos que contiene la declaración entra en un sistema de información que no está bajo el control del iniciador o de la persona que emitió el mensaje de datos en nombre del iniciador. Se considera que el mensaje de datos entra en un sistema distinto de aquel en que se generó cuando el mensaje puede ser procesado por ese sistema (se hace accesible).

2.3. El mensaje de datos es recibido por el destinatario cuando entra en el sistema de información del destinatario.

2.4. En general, los contratos electrónicos se encuentran dentro de la categoría de contratos entre ausentes, en razón de que, además de tratarse de contratantes situados en diferentes lugares, el contrato no queda concluido en forma instantánea.

2.5. *Los contratos celebrados mediante comunicaciones por correo electrónico son contratos celebrados entre ausentes y de conclusión diferida o escalonada. Los contratos celebrados on line son contratos entre ausentes pero de conclusión instantánea.*

2.6. *Es recomendable que una modificación al sistema contractual vigente o la futura regulación de la contratación electrónica consideren celebrado el contrato una vez recibida la aceptación por el oferente”.*

2. Por su parte, la ponencia presentada por Calderón, Ellerman y Riba manifestó:

“II) Momento de celebración del contrato

4. *Los contratos celebrados por medios electrónicos deben entenderse perfeccionados, en los casos en que corresponde aplicar a su formación el Derecho Civil Argentino, en el momento de la emisión o expedición de la aceptación, por imperio de la norma general que resuelve la cuestión (art. 1154).*

5. *La aceptación realizada por medios electrónicos debe entenderse expedida en los términos del art. 1154 del Código Civil cuando la declaración respectiva ingresa en un sistema de información ajeno al control del emisor y distinto del sistema de origen, de tal modo que éste no pueda modificar su manifestación de voluntad.*

6. *En materia de caducidad de la oferta y retractación de la aceptación en contratos celebrados por medios electrónicos rige la teoría del conocimiento por imperio de las normas generales aplicables (arts. 1149 y 1155 C.C.)”.*

IV. Lugar de celebración del contrato y ley aplicable

Sobre este punto existió relativa coincidencia, que no puede expresarse como total dado que las ponencias no trataron temas exactamente coincidentes.

1. Sobre el lugar de celebración y la ley aplicable a la forma contractual, expresaron Calderón y Márquez:

“3. Lugar de celebración del contrato

3.1. Los contratos sin elementos internacionales subjetivos ni objetivos concluidos por medios electrónicos, deben considerarse celebrados, en ausencia de acuerdo de partes, en el lugar en donde se encuentra emplazado el establecimiento principal del iniciador del mensaje de datos que contiene la aceptación.

3.2. Para el caso de adoptarse en una futura legislación relativa a la celebración de contratos por medios electrónicos el momento de la recepción de la aceptación como momento de perfeccionamiento del contrato, se deberá considerar lugar de celebración aquel en donde se sitúe el establecimiento principal del oferente receptor de la aceptación.

3.3. La forma de los contratos celebrados por medios electrónicos se encuentra sujeta a la regla del art. 1181 C.C., debiendo ser juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato”.

2. Por su parte, Calderón, Ellerman y Riba indicaron respecto de la normativa aplicable a contratos celebrados por medios electrónicos con elementos internacionales:

“III) Ley aplicable a la formación del contrato

7. El derecho aplicable a la formación de contratos con elementos internacionales por medios electrónicos con elementos internacionales debe realizarse conforme a los criterios generales de prelación de fuentes vigentes en el Derecho Internacional Privado.

8. El orden de aplicación de las fuentes en materia de formación de contratos con elementos internacionales por medios electrónicos exige aplicar en primer lugar el derecho escogido por las partes, de no haber acuerdo el derecho convencional vigente entre los Estados a que las partes pertenecen, y, subsidiariamente, el derecho interno de tales Estados.

9. El derecho prioritariamente aplicable al perfeccionamiento de contratos con elementos internacionales por medios electróni-

cos es aquel que las partes escogen en ejercicio de su autodeterminación privada (autonomía de la voluntad), pudiendo realizarse tal elección en forma previa y general (contrato marco) o concomitante y especial (cláusula contractual), y estando limitada en virtud de criterios objetivos de vinculación con la normativa elegida (contactos mínimos).

10. El derecho aplicable a la formación de contratos con elementos internacionales por medios electrónicos en subsidio de la elección de las partes deberá determinarse conforme a las normas convencionales y de derecho interno vigentes, correspondiendo en el sistema argentino la ley del lugar de cumplimiento del contrato (arts. 1209 y 1210 C.C.).

11. Para el caso señalado anteriormente, sería recomendable la adopción de los criterios imperantes en el ámbito internacional, siguiendo las pautas de "localización objetiva" (vínculo más estrecho entre el contrato y un sistema jurídico determinado), atendiendo según el caso al lugar de celebración, al lugar de ejecución o a la prestación característica del contrato".

V. Otras cuestiones analizadas

Además de los temas anteriores, la ponencia realizada por Calderón y Márquez examinó otras cuestiones, tales como la atribución de autoría, los contratos celebrados a través de representantes y los vicios del consentimiento.

Se dijo, en estos puntos, lo siguiente:

"4. Atribución de autoría

4.1. La oferta o la aceptación serán consideradas que provienen del oferente o del aceptante cuando el mensaje de datos que las contiene haya sido enviado por ellos, o por alguna persona facultada para actuar en su nombre o por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

4.2. El destinatario del mensaje puede considerar que proviene del iniciador (oferente o aceptante) cuando para comprobar la procedencia aplicó adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador o el mensaje de datos provenga de una

persona que haya tenido acceso a los medios por el cual el iniciador identifica los mensajes como propios.

4.3. En los casos en que el destinatario puede atribuir el mensaje al iniciador, también puede considerar que el mensaje recibido se corresponde con el enviado. El destinatario no gozará de ese derecho si sabía o debía saber con la debida diligencia que la transmisión dio lugar a algún error en el mensaje de datos recibido.

Contratos a través de representantes

5.1. Los contratos electrónicos celebrados por personas autorizadas, expresa o tácitamente, para usar el sistema de información del oferente o destinatario, o por sistemas programados por ellos para que actúen en forma automática (agentes electrónicos), son plenamente válidos y obligatorios, pueden ser atribuidos al representado.

5.2. El destinatario del mensaje tiene el deber de comprobar las facultades del representante, las que se presumen desde que éste tiene acceso al sistema de información del iniciador del representado. Dicha presunción cae cuando de cualquier modo el destinatario sabe que el mensaje no pertenece al iniciador o debió saberlo actuando diligentemente.

Vicios del consentimiento

6.1. Los principios de inalterabilidad del derecho preexistente y equivalencia funcional determinan la aplicación a los contratos celebrados por medios electrónicos de todas las normas de derecho interno relativas a los vicios del consentimiento (inclusive para la hipótesis de error informático), con las variaciones derivadas del específico medio de expresión de la voluntad.

6.2. En cuanto al error relativo a la capacidad del cocontratante, se aplican igualmente los principios generales, cargando uno de los sujetos contractuales con el riesgo de la incapacidad de la contraparte cuando no la comprueba adecuada y diligentemente dentro de sus posibilidades. Para el caso de utilización por incapaces de los sistemas de información, claves, firmas electrónicas, etc., de personas capaces, juega la presunción de autoría del men-

saje de datos y existe responsabilidad de los capaces por los hechos de los incapaces cuando existe entre ellos una relación de representación legal o dependencia que implica deberes de custodia o vigilancia.

6.3. Como aspecto preventivo de errores contractuales en la celebración por medios electrónicos pueden imponerse determinados deberes de información y colaboración a las partes (fundamentalmente en materia tecnológica) derivados de la buena fe en la celebración del contrato”.

VI. Epílogo

Como epílogo de lo apuntado, podemos expresar que las diversas ponencias presentadas coinciden sustancialmente entre sí, partiendo de un mismo punto: la aplicación de los principios generales y legislación vigente al consentimiento obtenido por medios informáticos o electrónicos.