

**Sr. Director del Departamento de Derecho Privado (López Cabana).**- El Departamento de Derecho Privado tiene el gusto de celebrar la tercera mesa redonda prevista como contribución académica para las XVIII Jornadas de Derecho Civil, que van a celebrarse el próximo año entre los días 20 y 22 de septiembre en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de esta ciudad.

Hemos convocado en ocasión de este encuentro, dedicado al estudio de los contratos –aspecto que se desarrollará en las Jornadas–, a tres expertos que disertarán sobre el tema de la formación del consentimiento por medios informáticos: el doctor Bekerman, la doctora Brizzio, enviada por la Universidad Nacional de Mar del Plata, y el doctor Molina Quiroga, de la Universidad de Buenos Aires.

A través de ellos vamos a tomar conocimiento de las más modernas tendencias en la formación del consentimiento y, seguramente, tendremos la oportunidad de cotejar las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías con la redacción del Proyecto de Código Civil que en este momento tiene estado legislativo.

Vamos a comenzar con el doctor Molina Quiroga quien, sucintamente, nos hablará acerca de esta problemática.

**Dr. Molina Quiroga.**- Voy a dedicar este tiempo a tratar de hilvanar algunas ideas vinculadas con lo que podríamos denominar genéricamente la eficacia probatoria de los documentos *lato sensu* llamados “informáticos”.

El Código Civil incluye, como uno de los elementos del acto jurídico, la forma, que es el modo en que se exterioriza la voluntad, es la manera en que se relaciona el sujeto con el objeto o con la finalidad que se pretende. Todo aquello que no tiene forma, en el sentido de exteriorización, no es relevante ni significativo para el derecho.

La prueba es aquel elemento que permite acreditar la existencia, la verdad de un acto o de una afirmación como soporte de un hecho.

En esta materia es muy frecuente que confundamos la forma con la prueba. No puede existir un acto jurídico que no tenga forma. Ahora bien, es perfectamente admisible que un acto jurídico no pueda probarse. Cuando pensamos en la complejidad que tiene lo que vamos a denominar genéricamente “documentos informáticos”, las primeras dudas que nos abordan se vinculan con cómo se prueban.

Así, por ejemplo, a nosotros en esta casa de estudios nos pagan a través de un banco, en alguno de cuyos locales introducimos una tarjeta de plástico con una banda magnetizada en un cajero automático y obtenemos dinero junto con un *ticket* que técnicamente sería un instrumento particular, en esta clasificación de los instrumentos públicos, privados y particulares. Ese recibo a veces lo firmamos pero en otras ocasiones no lo hacemos. Sin embargo, no estamos dudando de que allí hubo una extinción de una obligación, que es el pago del salario, a cambio de la contraprestación que sería el servicio docente.

¿Qué ha pasado? Todas las empresas advirtieron que tercerizar el pago de los sueldos a través de los cajeros automáticos les traía un ahorro de costos espectacular. Entonces, ¿esto tiene que ver con la firma como elemento de validez del instrumento privado? ¿Existe aquí doble ejemplar? ¿Se puede probar esto? Nadie lo plantea; simplemente se suele utilizar la tarjeta, se saca el dinero y esa persona sabe que, salvo algún error de contaduría, se ha extinguido la obligación. No se conocen casos de cuestionamiento o de falta de prueba. Este sistema se halla basado fundamentalmente en un elemento sociológico, cultural, sobre el que hablaremos después, que es la confianza.

Si tenemos claro que una cuestión es la forma del acto jurídico y otra distinta la prueba, lo que tenemos que tratar de ver, en punto a cómo se acredita el consentimiento, es cuál es la eficacia probatoria que tienen estos modernos modos de exteriorizar la voluntad y, en tal sentido, es inevitable hacer una crítica a la cultura que surge del Código Civil.

El documento, en una de sus etimologías, tiene que ver con lo que nosotros hacemos que es enseñar, es decir, *docere*, representar una realidad. Los documentos, en general, permiten fijar algo que sucedió o que se dijo y volver a representarlo, a actuarlo en el futuro, para lo cual necesitan fundamentalmente ser permanentes y poder ser atribuibles al sujeto del cual se dice que emanó esa declaración de voluntad.

En el Código Civil estas condiciones están asociadas a tres elementos. Un soporte material, porque todo documento termina siendo en definitiva una cosa. Ese soporte material pareciera que sólo puede ser el papel, porque en la época de Vélez Sársfield era el único admitido, dado que ya no corrían más ni la piedra ni el metal y el pergamino había pasado de moda.

La grafía es una manera de codificar la comunicación; es decir, hay distintos alfabetos, diferentes códigos, y la grafía sobre el soporte papel parecía que era la manera más confiable y segura para resguardar lo que había sucedido y representarlo en el futuro.

Finalmente, la firma ológrafa era el gran elemento de atribución de identidad y autoría; es decir, el documento firmado parecía indubitablemente atribuible a quien hacía el garabato o la grafía de determinada manera, lo cual era reconocido y, a partir de allí, se podía dar por suyo —eventualmente por medio de peritos calígrafos— lo que antecedía a esa firma.

Voy a saltar un poco el contenido de mi exposición para no agotar a la audiencia. Lo cierto es que hoy nos encontramos con una multiplicidad de ejemplos cotidianos que demuestran que nosotros ya no escribimos cartas de amor sino que mandamos *e-mails*. No compramos por teléfono sino que accedemos a páginas o sitios de Internet donde nos muestran una serie de productos, *clickemos* en el carrito de compras y después ese producto llega a nuestras manos, con diferentes matices que no son el tema de mi exposición.

La AFIP no acepta las declaraciones juradas a determinado tipo de contribuyentes si no son presentadas vía Internet o en soporte magnético. La ANSES nos permite empadronarnos a través de Internet. El censo docente también se hace por esa vía. La Oficina del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, que administra los dominios en Internet, no admite otra forma de registrarse que no sea a través del llenado de un formulario en el sitio [www.nic.ar](http://www.nic.ar), y sólo contesta por *e-mail*; no hay posibilidad de presentar un documento escrito, tema que ha cambiado en la nueva reglamentación para el caso de la transferencia.

De modo que el instrumento privado se muestra como una gran falacia en relación con lo que cotidianamente sucede. La firma aparece como el gran elemento de autenticidad de la autoría, pero cotidianamente utilizamos algunos mecanismos más sencillos, como son el asociar un número o código alfanumérico, nuestro PIN, *password* o clave de seguridad con el que realizamos operaciones permanentemente: no sólo cobramos sueldos, sino que pagamos impuestos, realizamos imposiciones a plazo fijo, transferimos de una cuenta a otra, etcétera. Cada día son más las operaciones que se hacen en el mundo a través de las redes internacionales dedicadas a las finanzas y a nadie se le ocurriría corroborar con papel las transacciones de cheques, porque eso paralizaría el mercado bancario. Todo ello se realiza electrónicamente, como también la compensación diaria del *clearing* bancario, que no tiene un solo papel.

Además de esos mecanismos tan elementales como las claves de acceso o *password* han aparecido otros, que vemos en las películas, como las contraseñas biométricas: la lectura del iris del ojo o el escaneo de las huellas digitales. Recuerden el famoso proyecto del documento único que iba a tener un *chip* en el cual estaría nuestro grupo sanguíneo, nuestro ADN, etcétera. Cualquier fantasía que podamos imaginar hoy no nos escandaliza, está en nuestra cotidianidad y la aceptamos, por mil razones: las empresas, porque bajan sus costos y nosotros, porque nos resulta más cómodo.

En nuestro país, la ley 24264, Ley Permanente de Elaboración del Presupuesto Nacional, introdujo en su artículo 30 la posibilidad de que sean conservados en soporte electrónico todos los documentos vinculados con la administración pública nacional en su sector financiero. Si bien es cierto que es-

to se reglamentó por una disposición de la Jefatura de Gabinete de Ministros N° 43/96, que es horripilantemente complicada, significa que ya hay una decisión en el ámbito de la administración pública que admite descartar el soporte papel y la grafía y reemplazarlos por el soporte electrónico.

La ley 22903 reformó el artículo 51 de la Ley de Sociedades Comerciales permitiendo prescindir de una serie de formalidades, salvo en el Libro de Inventarios, y lo cierto es que la AFIP emite cada día más resoluciones vinculadas con la validez de las registraciones contables de las sociedades en soporte electrónico, en la medida en que se homologue determinado *software*.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante resolución 555/97, reconoce el documento digital como un medio para contribuir a aumentar la productividad de los organismos, utilizar los medios de manejo de la información y reducir los costos de almacenamiento y traslado de papeles.

La ley 11683, modificada por la ley 23314, en su artículo 41 admite la validez de la facturación con sistemas de computación de datos para todos los sujetos de derecho.

La AFIP autoriza el pago de obligaciones vía Internet.

El Código Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires menciona en varias disposiciones –artículos 110, 315 y 324– los nuevos soportes distintos del papel, no sólo los electrónicos.

La ley 402 de Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también admite el uso de las nuevas tecnologías.

El Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad menciona expresamente el expediente digital y la posibilidad de las comunicaciones por medios electrónicos.

Es decir que existe una clara vocación en nuestro ámbito público, sin perjuicio de lo que después vamos a señalar sobre la firma digital, por reconocer, en primer lugar, la dificultad de seguir utilizando como único registro documental el papel, no sólo por razones ecológicas sino de supervivencia. Está comprobado que un expediente duplica su peso en cuatro años. Éste es uno de los graves dramas del Poder Judicial y de la administración pública, cómo sobrevivir a este peso y dónde archivar esos expedientes. La posibilidad de transformar estos registros documentales que se encuentran en soporte papel y escritos en registros documentales en discos compactos u otros soportes electrónicos hoy está admitida en la administración pública y se extiende día a día. Su principal obstáculo sigue siendo el Código Civil y un problema cultural: la sensación de que el papel y la firma son más seguros que un disco compacto, un disquete o la memoria de cualquier computadora.

Frente a la necesidad de superar esta dificultad cultural, se han desarrollado investigaciones en el Instituto Tecnológico de Massachussets y la Universidad de Stanford, en Estados Unidos, que arribaron a lo que se conoce como un sistema de clave pública y privada, que se ha popularizado como firma digital, a pesar de que tiene diversas especies. No se trata de una firma digitalizada, fotocopiada o escaneada sino que un pequeño programa permite sintetizar en

una clave numérica el contenido de un documento y quién ha sido su autor, y con el juego de una clave pública y una clave privada que sólo tiene el emisor hace posible certificar que el contenido del documento no ha sido alterado y que su autor es quien dice ser. Esto requiere, además, la intervención de un tercero, que funciona como autoridad certificante y es quien otorga las claves públicas y, por lo tanto, certifica que ese documento y esa clave son auténticos.

En este sentido, ya existen en nuestro país, por lo que tengo registrado, cinco proyectos de ley, más otro que todavía no ha visto la luz y que se está trabajando en el Ministerio de Justicia, destinados a reglamentar la llamada “firma digital” y lo que en el proyecto del senador Del Piero se denomina “documento digital”. No conozco en profundidad los otros proyectos.

Por otro lado, en el ámbito de la Secretaría de la Función Pública existen proyectos para establecer un registro de autoridades certificantes de clave pública a los efectos de la firma digital, pero en el mercado esta autorización oficial ya existe, porque hay proveedores que validan la firma digital, es decir, el sistema de doble clave pública y privada.

¿Qué pasa con el Proyecto de Código Civil conocido como “Proyecto de 1998”? Voy a hacer un rápido repaso. Creo que éste es un proyecto que empieza entusiasmando y, en algún momento, lo domina el miedo y vuelve a la cultura del papel, la firma ológrafa y la escritura. Pero, de todas maneras, así como critico estas vacilaciones, me parece importante que haya introducido una serie de disposiciones que resultan auspiciosas.

En primer lugar, el artículo 266, referido a la firma, establece: “La firma prueba la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponda. Debe ser manuscrita y consistir en el nombre del firmante, o en un signo, escritos del modo en que habitualmente lo hace a tal efecto”. Hasta allí es la versión clásica de Vélez Sársfield. Pero después agrega: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla; y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”.

Está bien lo que determina en la segunda parte, con una crítica: vuelve a confundir el género con la especie. En el contexto metodológico del Código Civil, el instrumento está indisolublemente unido al soporte papel, a la grafía y a la firma ológrafa. Pero el documento es mucho más amplio que el llamado “documento electrónico”. Y aquí hago una ligera digresión. Existe un famoso *soft* que permite establecer de dónde se han hecho las llamadas a teléfonos celulares, y si alguien sostiene que ese sistema no “documentó” una serie de relaciones vinculadas con un crimen que tuvo gran notoriedad e impacto en la opinión pública, entonces no entiendo qué es “documentar”, porque eso permitió representar una realidad que había sucedido y la sociedad lo admitió como válido.

Ésa es precisamente la función de la prueba: llevar al convencimiento, ser eficaz para convencer de que tal hecho sucedió o de que tal exteriorización de voluntad se produjo. Y esto no se circunscribe en modo alguno a que exista la firma, porque muchas veces lo complicado es encontrar la firma; en todas es-

tas manifestaciones volcadas en el ejemplo que expuse lo que falta es la firma, y no encontrar la vuelta para dar eficacia a todo ese proceso nos coloca en un callejón sin salida o en un alejamiento de la realidad. Lo peor que le puede pasar al derecho es tener poco que ver con lo que realmente está sucediendo.

Por otro lado, debo reconocer que la segunda parte de este artículo ha sido muy criticada desde otras versiones porque podría introducir inseguridad; el doctor Stein, en una ponencia que presentó en la 13ª Conferencia Nacional de Abogados, dijo que la tecnología aún no ha podido crear una firma digital que garantice la manifestación de voluntad del titular y, por ende, un documento informático con forma digital no puede ser tratado como un instrumento privado; es decir, vuelve a la idea del instrumento, la firma, el soporte papel, la grafía y, mientras tanto, la sociedad sigue operando sin tener en cuenta estas presunciones.

El inciso e) del artículo 268 del Proyecto dice: “Que el instrumento conste en el soporte exigido por la ley o las reglamentaciones. Los instrumentos generados por medios electrónicos deben asegurar la autenticidad, integridad e inalterabilidad del contenido del instrumento y la identificación del oficial público”.

Esto está referido a los instrumentos públicos. Me parece que, en su momento, también debe merecer una reflexión. Si culturalmente nosotros hemos tenido la idea de que el instrumento público se relaciona con las solemnidades porque es pasado ante un sujeto a quien la ley le atribuye la función de dar fe, entonces, mi declaración jurada ante la AFIP, que incluso puede tener consecuencias penales, o mi declaración en el censo docente ¿no son equiparables a un instrumento público? ¿Cómo es esta situación? ¿Cuál es la diferencia entre quien entregó la firma en papel y el que llena un formulario y lo envía a través de Internet? Para el ciudadano común no hay diferencia. Si hay falsedad, en ambos casos se exponen a las consecuencias de esa falsedad, y si la declaración es cierta, vale como declaración jurada. Digo esto porque creo que hay que escandalizar un poco para empezar a cambiar algunas rutinas y presupuestos que parecen inmodificables.

En el artículo 270, el Proyecto deja en claro que se ha estado pensando en un instrumento privado clásico en soporte papel, porque dice: “Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas”. Esto sólo es posible en papel y con firma ológrafa. De otro modo no se entiende.

Asimismo, el artículo 277 se refiere al protocolo y, entre otras cosas, dice que este procedimiento puede usarse siempre que no se modifique el texto definitivo después de la primera firma. Cuando lean esta disposición y la relacionen con lo que sucede en las escribanías todos los días se van a dar cuenta de que hoy el 99 por ciento de los escribanos usa escrituras predispuestas, es decir, tienen textos tipo que corrigen, y todo eso es, en realidad, lo que el escribano conserva con seguridad y el registro al que más habitualmente acude, aunque siga manteniendo el Libro de Protocolo. Cada vez es más difícil encon-

trar dónde archivar los protocolos y cuando uno se pierde se pone en riesgo –y no hay alternativa– el derecho de las partes que intervinieron en ese acto.

Voy a omitir otras consideraciones porque le estoy pegando muy duro al Código y haré una introducción a lo que seguramente tratará la doctora Brizzio.

Hoy todos estamos preocupados por los contratos en Internet. Me estoy refiriendo a aquellos contratos que aparecen como una oferta que se genera en un sitio de Internet y sobre la cual *click*eamos el “*click agreement*”. Estos contratos todavía son poco usuales en la Argentina. En realidad, lo que más se da es el ingreso a un sitio donde uno llena un formulario que es remitido y recibido por el servidor de la empresa oferente y que después requiere confirmación telefónica, firma de pagaré, pago con tarjeta de crédito, etcétera.

En estos casos, creo que hoy nos da una respuesta la Ley de Defensa del Consumidor, que previsoramente incorporó el derecho de arrepentimiento también en los contratos celebrados frente a ofertas realizadas por medios electrónicos. Quizás, el gran conflicto pendiente en relación con esto es qué sucede cuando el sitio o página de Internet no tiene un servidor local, no conseguimos rastrearlo o está en el extranjero, dando lugar a lo que en la jerga hemos llamado la “deslocalización del derecho”, vinculada, por supuesto, con la desmaterialización del documento.

Frente a ello, creo que hay que establecer reglas razonables pero que no pueden dejar de tener en cuenta que esto está funcionando porque genera beneficios para ambas partes, para el que ofrece y para el que adquiere, ya que ha permitido bajar notablemente los costos de promoción. Lo lamentable sería que ante una posibilidad como ésta, de reforma y modernización del Derecho Privado, siguiéramos desconociendo qué sucede en la inmensa mayoría de las operaciones cotidianas, qué hacemos hoy para cobrar sueldos, manejar nuestros ahorros, declarar y pagar impuestos, etcétera.

En ese sentido, me parece fundamental volver al origen: no confundamos la forma con la prueba. Cualquier exteriorización de la voluntad que pueda ser percibida por el destinatario de esa declaración de voluntad constituye el elemento esencial forma. El problema de la prueba, en todo caso, se resuelve por presunciones, con inversiones de la carga de la prueba, tratando de favorecer a la parte menos fuerte de la relación contractual, etcétera, pero no apegándose al papel, a la firma y a la escritura. No porque haya que descartarlos sino porque, claramente, hoy la sociedad los tiene como alternativa, no como solución única.

**Sr. Director del Departamento de Derecho Privado (López Cabana).**- Agradezco al doctor Molina Quiroga por su importante aporte.

Quiero aclarar que es bienvenida toda crítica que signifique enriquecer el texto del Proyecto. Crítica que, en definitiva, no asumo porque no he sido parte de la comisión redactora. Estoy seguro de que si el Proyecto fuese sancionado por el Congreso tal cual ha sido enviado, muchos integrantes de la comisión redactora van a estar apesadumbrados con algunas partes en las que no

estuvieron de acuerdo y que fueron producto de la labor de una comisión. Que yo propicie la sanción del Proyecto por considerar que va a mejorar muchísimo la legislación vigente, no quiere decir que esté casado con un proyecto ni que me encuadre en la derogación absoluta.

Simplemente me parece que es una mejora y por eso en estos dos últimos años el Proyecto ha estado en la página [www.lopezcabana.com](http://www.lopezcabana.com), cuyo costo de mantenimiento del *hosting* soporto, con el propósito de difundirlo, y a través de este medio he recibido muchos mensajes en el libro de visitas, incluso de algunos de los presentes. El año pasado hemos dedicado este ciclo de mesas redondas a analizar el Proyecto, y el doctor Gastaldi, aquí presente, quien nos honra como profesor titular de Contratos de esta casa de estudios, encontró algunas deficiencias y las ha señalado, y todos hemos aprendido de esas observaciones.

Por eso, si bien resulta innecesario, aclaro a los demás expositores que tienen toda la libertad del mundo para decir lo que piensan sobre este Proyecto.

A continuación expondrá la profesora invitada de la Universidad de Mar del Plata, doctora Claudia Brizzio.

**Dra. Brizzio.-** Ante todo, agradezco la invitación de las autoridades de esta casa de estudios que me da la posibilidad de compartir con los panelistas y los presentes estos encuentros en los que siempre podemos escuchar un punto de vista diferente sobre temas actuales y que, justamente por eso, considero tan enriquecedores.

En este momento me desempeño como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, más particularmente en la cátedra de Contratos, por lo cual orientaré mi exposición hacia la incidencia de la nueva tecnología en la celebración de los contratos.

A fin de delimitar el tema daré una primera precisión conceptual, diferenciando lo que se denomina “contrato informático” de los llamados “contratos electrónicos o por medios informáticos”. Los contratos informáticos son aquellos cuyo objeto está definido por bienes o servicios informáticos. Un ejemplo lo constituyen aquellos contratos por los cuales se adquieren los elementos materiales que componen el *hardware*, su unidad de procesamiento, los periféricos, así como también todos los demás equipos que componen el elemento físico del medio informático. La misma categoría integran los que tienen por objeto los elementos inmateriales, o sea el elemento lógico, *software* o programa informático. Una versión particular la constituyen los contratos que se refieren a la provisión de servicios informáticos, diseño de *software*, mantenimiento del sistema o aquellos denominados de “llave en mano”. Este último subgrupo es considerado por un sector de la doctrina española como una tercera categoría, por su importancia y por su amplio desarrollo que lo muestra actualmente con un perfil propio. Nos referimos concretamente a los contratos que tienen por objeto la adquisición, provisión o uso de bases de datos, con las innumerables combinaciones que resulten de estos elementos.

El tema que nos aglutina en este momento es el consentimiento en los con-



tratos celebrados por medios informáticos o contratos electrónicos. Es decir, los que se realizan mediante la utilización de un elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo. Sobre este punto se admite una postura amplia, que incluye a “todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos”. Un punto de vista más restringido considera como contratos informáticos “solamente a los que se celebran mediante EDI, o sea, transmisión electrónica de datos de ordenador a ordenador”. Éstos últimos se conciben a menudo como “contratos celebrados entre máquinas” y, por lo general, se utilizan entre partes que mantienen una relación contractual de tiempo indeterminado o, por lo menos, de larga duración. Imaginemos, a manera de ejemplo, que una fábrica de automotores y una concesionaria minorista prevén vincularse comercialmente y entonces celebran un contrato marco en el que establecen qué programas y códigos van a utilizar los sistemas informáticos que estarán permanentemente interconectados. Es decir que, efectuada una venta, en forma automática se requerirá la actualización del *stock*, por medio de una invitación a ofertar que cursa el ordenador del concesionario al fabricante. Éste efectúa la oferta de venta y el vendedor minorista, por medio de su computadora programada ad hoc, la aceptará si se mantuvieron los términos acordados. Con este mismo mecanismo se pueden realizar transferencias electrónicas de fondos o incluso operaciones de compra de inmuebles o acciones, sujetas a las fluctuaciones de las variables que estén previstas en los respectivos programas informáticos incorporados por los interesados.

Como expresó hace unos instantes el doctor Molina Quiroga, estos mecanismos tienen por objeto abaratar las transacciones, al tiempo que, al no intervenir el elemento humano, se minimizan los riesgos de errores. Sobre este tipo de contratos se han elaborado distintas teorías relacionadas con el consentimiento. Algunos han interpretado que se trata ni más ni menos que de una persona jurídica. Otros admiten asignarle el carácter de una mera máquina. Conforme esta última postura, se podrían contemplar varias opciones, tales como: aceptar que los contratos generados por computadoras están exceptuados del requisito de la voluntad del agente; afirmar la ficción de que las comunicaciones entre computadoras derivan realmente de un controlador humano; o simplemente negar la validez de tales transacciones. Pensamos que la respuesta debería ser afirmativa, aunque supeditada a determinadas circunstancias. En nuestro país, por ejemplo, las II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, que tuvieron lugar en Junín en 1996, declararon que “ante la relación negocial que se establezca entre ordenadores dotados de sistemas expertos, y la posibilidad de que de ella surja una convención, debe analizarse si, para considerar que se ha configurado un contrato, es necesaria una reforma legislativa que contemple expresamente esta hipótesis, o si basta al respecto lo dispuesto por las actuales normas del derecho común”.

En 1972, la Corte de Estados Unidos de América se expresó sobre la validez de estos contratos celebrados por medio de EDI o transferencia electrónica de

datos, en ocasión de plantearse la renovación de una póliza de un contrato de seguro. La Corte sostuvo que una compañía de seguros queda obligada por la respuesta automática a la solicitud de renovación de póliza, en razón de que la computadora obra de acuerdo con la información y las instrucciones de su operador (“*Star Farm Mutual Auto, Ins. Co. V. Bockhurst*”, 453 F2d. 533 - 1th Cir. 1972). Sobre esta cuestión, el borrador de la reforma al *Uniform Commercial Code*, del 1º de octubre de 1995, propone establecer que si un mensaje electrónico enviado por una parte requiere una respuesta electrónica, el contrato existe desde que el emisor recibe un mensaje que significa aceptación, pero no hay contrato si la respuesta solamente acusa recibo de la propuesta. Es importante entonces que sepamos que, a los efectos de la prueba de la formación del contrato, éste no se considera celebrado si solamente acreditamos que la solicitud ha sido recibida; es indispensable acreditar que la propuesta ha sido aceptada.

Otro punto que me parece importante resaltar es el de la aceptación de estos contratos celebrados por medios informáticos porque, más allá de las críticas o las alabanzas a la legislación que en este momento está siendo estudiada en el Congreso, es fundamental saber qué sucede en la realidad actual. Es decir que, de alguna manera, todos estamos contratando mediante la utilización de algún elemento electrónico, aunque no hablemos particularmente de una computadora. Es el caso de la tarjeta de crédito, de la tarjeta plástica para operaciones bancarias que individualiza al tenedor mediante una banda magnética o del monedero electrónico que funciona mediante un *chip* incorporado que almacena información, sea ésta de unidades de dinero, tiempo o servicios.

Me parece interesante, entonces, aclarar un tópico que es el siguiente. En nuestra legislación actual ha tenido desarrollo la noción de *instrumento particular* diferenciándose del *instrumento privado*, para el cual “la firma de las partes es una condición esencial”, contemplada en el artículo 1012 del Código Civil. Fíjense que cuando el artículo 1190 del Código Civil habla de los elementos de prueba se refiere a los *instrumentos privados* y menciona a los *instrumentos particulares no firmados por las partes*. Del mismo modo, el artículo 1181 hace referencia a los “instrumentos particulares firmados”, lo que nos sugiere la existencia de instrumentos particulares no firmados. Éstos son sólo algunos ejemplos que nos permiten predicar, por lo tanto, que el Código Civil argentino opone los instrumentos públicos a los instrumentos particulares y que, dentro de éstos, comprende a los instrumentos particulares firmados (*instrumentos privados*) y a los *instrumentos particulares no firmados*. De esta última categoría participen, por ejemplo, las operaciones en las que intervienen corredores, quienes deben asentarlas en un cuaderno manual (art. 91 del Código de Comercio), ya que no es imprescindible la firma de los asientos. Seamos realistas y aceptemos que el noventa y nueve por ciento de los habitantes de nuestro país celebra diariamente los contratos necesarios para proveerse de alimentos, vestimenta, transporte y distracción precisamente mediante documentos que se enrolan en la categoría de instrumentos particulares no firma-

dos. Hoy, dentro del ámbito del Derecho Privado, no podemos hablar de una asimilación entre la firma digital y la firma ológrafa. Eso nos plantea una cuestión interesante, justamente por sus connotaciones prácticas, que es la de saber dentro de qué categoría vamos a incluir en nuestra actual legislación a los instrumentos que no poseen soporte papel, como cintas magnéticas, microfilms, faxes, contratos celebrados mediante EDI, etcétera.

Diría que podríamos incluirlos dentro de los instrumentos particulares no firmados. Y en materia probatoria podemos aplicar, entonces, el artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial, que dispone que el juez pueda aceptarlos mientras estos métodos probatorios no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros y sean de aquellos que no estén expresamente prohibidos. Esto se complementa con lo dispuesto por el artículo 163, inciso 6º), que alude expresamente a la conducta observada durante el proceso, hecho que constituirá un elemento de convicción, y también con lo determinado por el artículo 388, que se refiere a la actitud reticente. ¿Por qué hablo de la actitud reticente? Si dijimos que un archivo en soporte electrónico tiene validez como instrumento particular no firmado, nos encontramos con problemas de índole práctica en aquellos casos en los que, por ejemplo, un mensaje o un archivo pueden estar encriptados y se debe contar con la colaboración del autor o de quien los ha recibido y posee la clave para hacerlos legibles nuevamente. El juez podría intimar a la parte para que proporcionara el código de descifrado o para que entregara el disco en donde está grabado el mensaje electrónico. Es entonces cuando la renuencia puede ser considerada como una presunción en contra de quien la produce. Es decir que actualmente contamos con elementos que nos permiten afirmar que este tipo de instrumentos tienen, en algunos casos, relevancia jurídica. Pero no podemos de ninguna manera asimilar, por ejemplo, la firma ológrafa a la firma digital.

Me parece interesante comentar un antecedente muy reciente en nuestra jurisprudencia en el que se advierte cómo estos criterios van siendo receptados por los tribunales. Este fallo fue publicado en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* de julio-agosto de este año y se caratula “Mero de Cafici, Amalia c/ Publicom S. A.” Se trata de un contrato en el que una de las partes cuestiona la validez de la inclusión en una guía de teléfono gratuita que solicita una persona mediante el mecanismo del fax. El demandado, Publicom S. A., negó la autenticidad de la confirmación del mensaje. Habrán notado que cuando se envía un fax queda impreso un mensaje en la parte superior que dice “recibido O. K.”, cuando el documento ha sido recibido. Ésta es la confirmación de la recepción del mensaje. ¿Qué dijo el juez al respecto? Que esta confirmación adjuntada en el expediente indica que si una de las partes acepta como mecanismo para efectuar una oferta –porque la primera se consideró una invitación a ofertar– el medio del fax, tiene que aceptar también las consecuencias derivadas de la utilización de este medio. Sería como sostener que si uno se beneficia por la aceptación de este mecanismo no se pueden desconocer aquellas cuestiones disvaliosas cuando algo no resulta como a uno le conviene. En este caso el juez condenó a Publicom S. A. a pagar la suma de seis

mil pesos por daño patrimonial y otro tanto por lucro cesante y pérdida de chance. La actora era una traductora pública de libros.

Hay otro fallo anterior, de 1984, que también me parece relevante, es el de “Fiorucci S. A. c/ Fiorucci SPA”, y aclaro que se trata de diferentes denominaciones de la misma empresa en Argentina y en Italia, respectivamente. Allí se estableció la validez del *answerback* del télex por el cual se había pedido una prórroga del contrato de concesión de venta. En la Argentina había una empresa que tenía un contrato de concesión para fabricar *jeans*. La firma italiana desconoce la existencia de esta prórroga, que se había realizado mediante un télex. ¿Qué hizo el actor? Se dirigió con un escribano a un centro telefónico o locutorio, llamó al teléfono que tenía registrado como perteneciente a Fiorucci SPA y, cuando atendió una persona que identificó a la empresa, el escribano dejó asentado que ese número telefónico era el que correspondía al mensaje de emisión del télex. Me parece que éste es un antecedente muy interesante.

Vale decir que, aun cuando actualmente un instrumento particular no firmado tiene un valor limitado, no podemos afirmar que estos elementos electrónicos carezcan absolutamente de valor probatorio. De todas maneras, es deseable que en el futuro podamos realizar todo tipo de transacciones, en las cuales hoy se requiere firma, mediante la utilización de una firma digital.

Al respecto, quería agregar que, si bien tanto en Europa como en Estados Unidos y algunos países de América está aceptada, desde el punto de vista teórico, la conveniencia de la utilización de la firma digital, aún no existe uniformidad en cuanto a los criterios a seguir en materia de los requisitos de seguridad que los diferentes países consideran aceptables.

Me parece interesante señalar que así como nosotros podemos realizar contratos oralmente y por escrito también podemos hacerlo por medio de los que se denominan *actos concluyentes*. Pensemos en el caso de un contrato de transporte en el que en un colectivo se colocan las monedas en la máquina que expide el boleto; aquí no existe oferta y aceptación en forma oral. Del mismo modo, creemos que es factible generar un contrato por medios electrónicos o informáticos. Consideramos que el caso no difiere si el contrato se celebra por esos mecanismos íntegramente o mediante la combinación de métodos tradicionales y electrónicos. Es decir que se puede emitir una oferta por *e-mail* y recibir como respuesta una aceptación o rechazo por medio de fax. O directamente se puede hacer mediante una conexión a una página *web*. El Proyecto de Código Civil de 1998 prevé sobre el punto que: “Si la ley no designa una forma determinada para un acto jurídico, las partes pueden usar las formas que juzguen convenientes” (art. 260). Pero «si la ley impone una forma para la validez del acto, éste es inválido si la forma exigida no ha sido satisfecha. Si la ley no impone una forma determinada, ésta constituye sólo un medio de prueba del otorgamiento del acto” (art. 261). Admite expresamente la categoría de instrumentos particulares no firmados por las partes, cuando se refiere a “los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información, y en general todo escrito no firmado” (art. 264).

En relación con los contratos celebrados por medios electrónicos, se han presentado algunos conflictos a los que no son ajenos los países del hemisferio norte. Las primeras sentencias que han resuelto cuestiones derivadas de este tipo de contratos datan de la segunda mitad de la década del '80. Los problemas más relevantes en relación con la contratación por medios informáticos se centran en la validez de las cláusulas de contenido predispuesto, las que establecen la legislación aplicable y la prórroga de jurisdicción, y las que estipulan exenciones o limitaciones de la responsabilidad.

Aquí es importante delimitar dos grandes áreas: una es aquella de los contratos entre empresas o partes que tienen poder similar de negociación y la otra, la de los contratos en que las partes tienen un diferente *bargaining power*. Generalmente, enrolan en la primera categoría la mayoría de los contratos celebrados por EDI –*Electronic Data Interchange* o transferencia electrónica de datos– o los que se hacen entre comerciantes que están debidamente asesorados. La práctica señala que, antes de empezar a operar con la nueva tecnología, celebran un contrato marco, en el que se establecen los parámetros técnicos y las soluciones que prevén en diversas situaciones de conflicto. Se pondrán de acuerdo, por ejemplo, en la elección del “código fuente” o lenguaje que va a ser utilizado por las respectivas computadoras. Los campos que será preciso completar en los formularios que se envíen o se reciban delimitarán el momento en que el contrato queda formado, la necesidad de enviar un mensaje de confirmación, el mecanismo de los riesgos que cada parte deberá soportar, etcétera.

Al hablar sobre estos contratos no podemos soslayar algunos aspectos técnicos, por la incidencia que tienen en el ámbito jurídico. Sabemos que cuando hablamos de los contratos celebrados por *e-mail* no solamente intervienen las partes sino también un servidor o proveedor del servicio. Si bien queda claro que éste no es parte, sin embargo, se constituye en un elemento que no puede faltar y de cuyo funcionamiento puede resultar el éxito o la frustración de la celebración de un contrato. Consideramos que, en este caso, estamos ante un contrato entre ausentes y, por lo tanto, nos tenemos que remitir a las normas del Código Civil y aplicar la teoría de la emisión, salvo, claro está, que estamos actuando dentro del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. ¿Qué pasa si emití una aceptación y el *server* tiene un problema técnico, o si quien recibe la oferta no abrió su PC, o si alguien utiliza el *password* y desde mi computadora, donde puede estar alojada mi clave privada, emite una oferta? Estos problemas se han presentado en países donde la utilización de estos mecanismos es habitual.

Les quisiera comentar dos casos específicos resueltos por los tribunales de Estados Unidos porque, utilizando argumentos basados en diferentes instituciones, arriban a soluciones que me parecen aceptables desde la óptica de nuestras normas basadas en el sistema continental europeo. El primero de ellos fue resuelto por la Cámara de Apelaciones de New Jersey y data del 16 de abril de 1998. En “Hotmail vs. Van Money Pie” la actora es una compañía de Silicon Valley que suministra gratuitamente correo electrónico (*e-mail*) en

la *World Wide Web*. Todo mensaje de *e-mail* enviado por un suscriptor de Hotmail automáticamente muestra un encabezado que contiene el nombre de dominio de Hotmail, “hotmail.com”, y un pie en la parte inferior del mensaje que contiene la “firma” de Hotmail y que reza: “Obtenga su *e-mail* privado y gratuito en <http://www.hotmail.com>”. Todo *e-mail* recibido por un suscriptor de Hotmail también exhibe automáticamente un encabezado con el nombre de dominio de Hotmail. Para ser suscriptor del servicio hay que aceptar someterse a un contrato de condiciones generales del servicio (“Términos del Servicio”) que prohíbe específicamente a los suscriptores utilizar los servicios de Hotmail para enviar publicidad no solicitada, “spam”, o enviar mensajes con contenido obsceno o pornográfico. En el otoño de 1997, o aproximadamente en esa fecha, Hotmail tomó conocimiento de que la demandada estaba enviando “spam” a miles de usuarios de correo electrónico en Internet, mensajes intencionalmente falsificados en cuanto a que figuraban como remitentes cuentas de Hotmail que incluían el nombre de dominio de Hotmail y, por ende, su marca, cuando en realidad dichos mensajes no se originaban en Hotmail ni en una cuenta de Hotmail. En particular, Hotmail descubrió un mensaje de “spam”, que publicitaba material pornográfico, enviado por ALS. Aunque este “spam” se originaba en ALS y se transmitía a través de un proveedor de correo electrónico que no era Hotmail, ALS incluyó falsamente como lugar de origen una dirección electrónica real de Hotmail. En este caso, el tribunal entendió que existía prueba suficiente que permitía suponer que se haría lugar a la demanda de la actora por incumplimiento de contrato, que la demandada obtuvo una serie de casillas de correo de Hotmail y acceso a los servicios y que, al hacerlo, aceptó someterse a los “Términos del Servicio” de la actora, en donde constaban las prohibiciones infringidas. Por lo tanto, la demandada violó su contrato con la actora al utilizar sus servicios para facilitar el envío de “spam” y/o pornografía. El tribunal resolvió acordar validez a la contratación efectuada mediante la utilización de Internet y también se pronunció por la validez de las condiciones generales de contratación a las que se suscribió por ese mismo medio el demandado. La Cámara de Apelaciones hizo lugar a una medida cautelar suspendiendo el servicio al accionado y, posteriormente, la empresa lo demandó por incumplimiento de contrato.

El mismo mecanismo se utiliza actualmente para suscribirse a un servicio de Internet, para la compra de un libro o para ingresar a la base de datos de una enciclopedia. En la pantalla aparece la transcripción de las condiciones generales del contrato y, al final, dos boxes o ventanas en las que se lee: “aceptar” y “no aceptar”; en la medida en que los textos sean legibles y que no se pueda acceder a las ventanas sin antes haber leído los términos del contrato, se considerará que el contrato y la cláusula son válidos. De lo contrario, podríamos aplicar los conceptos generales de cláusulas abusivas, dependiendo, claro está, de las circunstancias del caso.

Para finalizar mencionaré un fallo en el que se resolvió sobre la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad. Se trata de “Tester Data System vs. Wyse Technology”, en el que el vendedor de un *software* utilizó a una em-

presa que tenía servicio de Internet para comercializar su producto. La empresa hacía contacto con las personas que entraban en la página y, como intermediario, se quedaba con un 15 por ciento del valor del *software* vendido. Aquí se cuestionó la validez de una cláusula de exención de responsabilidad que había implementado el vendedor de *software* porque fue incluida con posterioridad, o sea, cuando el intermediario remitió al comprador el CD con el *software*. La Corte consideró que se había introducido un elemento que no había podido ser evaluado por el usuario en el momento de la aceptación.

Lo interesante es que en un contrato celebrado vía *e-mail* o mediante el ingreso en un sitio de la *web* se incluyen una serie de cláusulas que podemos conocer en ese momento, con la posibilidad de aceptarlas o no. El principio es el de la validez de la cláusula, pero conviene recordar que existe una legislación que protege al consumidor, de modo que en cada caso habrá que evaluar la legislación vigente en el país cuya ley se aplica.

En un caso resuelto en junio de este año en Estados Unidos, una firma alemana que vendía autos en Texas quería evitar que se le aplicara la legislación estadounidense, aduciendo que la firma tenía allí simplemente una agencia o un canal de ventas. Los jueces entendieron que cuando la agencia constituye algo más que un canal de ventas puede considerarse que está realizando negocios en forma directa en el territorio de Estados Unidos y que, por lo tanto, se aplicará la legislación de este país. Lo atípico resulta de la solución que implementa el tribunal cuando dispone que a una persona que tiene domicilio en Alemania –sobre todo si es el oferente– se le aplica la legislación estadounidense.

Con todo esto quiero que quede claro que, en principio, si no se requiere una formalidad impuesta por la ley con carácter de absoluta, los contratos celebrados por medios electrónicos son válidos. Tenemos que evaluarlos a la luz de los elementos del derecho común que nos permiten determinar cuándo una cláusula es abusiva, cosa que no ocurre en todos los contratos de contenido predispuesto. En cada situación particular, los jueces deberán discernir si el contrato o la cláusula son abusivos o no.

Y termino mi exposición parafraseando al doctor Alegría, profesor emérito de esta casa, quien ha dicho que no podemos entrar al siglo XXI de espaldas, o sea, tomemos los recaudos necesarios, pero es imperativa la adecuación a esta realidad que nos toca vivir.

**Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.-** Agradecemos el aporte efectuado por la doctora Brizzio. A continuación realizará su exposición el doctor Bekerman.

**Dr. Bekerman.-** El tema sobre el que mis colegas y yo hemos sido convocados a hablar es, puntualmente, el consentimiento en los medios electrónicos. En el poco tiempo que queda, teniendo en cuenta el límite horario fijado por el moderador, trataré de enfocar mi intervención estrictamente en el tema propuesto.

En el Código Civil, el consentimiento es regulado por los arts. 1144 y siguientes desde el punto de vista de su manifestación.

El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio es mucho más claro en la materia. Su art. 915 establece cómo se forma el consentimiento con oferta y demanda y el momento en que un contrato queda concluido. No hay novedad pero sí hay claridad.

El consentimiento otorgado por medios electrónicos es una materia que evoca cuestiones jurídicas novedosas, es decir, preguntas e inquietudes. Quizás no son tantas como aparentan ser, en principio, si son apreciadas en un contexto distinto del electrónico. Quizás son muchas y novedosas y, al mismo tiempo, su resolución es posible por vía de la aplicación de esquemas y razonamientos ya transitados y conocidos.

Esas preguntas, esas inquietudes, requieren respuestas ciertas. Sin certeza no hay seguridad jurídica. Me propongo referirme a las inquietudes que sugiere el otorgamiento del consentimiento por medios electrónicos.

¿La formulación de una oferta por vía informática y su aceptación por el mismo medio concluye un contrato entre presentes o entre ausentes?

¿Cuál es el lugar de celebración de un contrato concluido por vía telemática? ¿Qué ley es aplicable y cuál la jurisdicción?

Estas primeras preguntas son las más evidentes. Otra cuestión que surge al hablar del tema que nos ocupa es cómo se verifica la capacidad del oferente y la del aceptante, más aún, cómo se constata la autoría de la oferta y de la aceptación.

Calificar a estos asuntos de novedosos no se justifica. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de ellos en relación con su planteamiento en otros contextos y los han resuelto de formas que no presentan dificultades en cada caso concreto.

Lo novedoso parece ser, en realidad, el interés que estas cuestiones han generado al ser consideradas en relación con su acontecer en medios electrónicos.

En la Argentina comenzamos a preguntarnos qué era un *software* y qué era el *hardware* hace quince años. Es claro que me refiero a preguntas que surgieron en la comunidad jurídica, puesto que en otros campos de actividad y de conocimiento la informática ya estaba en vías de desarrollo y era utilizada desde mucho tiempo antes.

Seguramente mucha gente inteligente trabajaba desde antes de 1985 en las cuestiones jurídicas que en el derecho argentino proponían los programas de computación y los “fierros” en los que corrían.

Tampoco podemos decir que es una novedad la comunicación a distancia por medios electrónicos. Las implicancias jurídicas de la telemática ya han sido analizadas con amplitud.

Al reflexionar acerca de la novedad de la materia que motiva esta convocatoria, considero que lo que la hace novedosa, aquello que genera cuestiones cuya resolución desde la legislación y la jurisprudencia demanda estudio y



análisis para darle adecuado encuadre y solución, es el medio donde se forma el consentimiento.

Ese medio es el entorno telemático, en permanente cambio, es decir la *World Wide Web*, Internet o cualquier otra novedad que aparezca, algún artículo que en el futuro se invente en el mundo virtual.

El entorno telemático es novedoso porque constituye un nuevo espacio, llamado comúnmente ciberespacio. El ciberespacio es distinto del espacio territorial que podemos definir por su inclusión o exclusión en determinados límites, definidos materialmente.

Las normas en materia de jurisdicción han sido pensadas y redactadas teniendo en mente ese espacio físico que es el espacio territorial, es decir, volúmenes y superficies.

La expansión o contracción de un volumen o superficie afecta siempre a los restantes volúmenes y superficies del mundo físico en el que se aplican las normas sobre jurisdicción en el mundo físico.

En cambio, el ciberespacio es un espacio que no es físico sino que está generado a partir de componentes físicos y lógicos, como los programas de computación, como el *software*. La aparición de nuevos componentes, por ejemplo, *chips* de una computadora o una tarjeta módem, o de nuevos programas de computación, como el Napster, o la redefinición de la interacción entre los existentes, sean las computadoras o el *software*, no modifica el ciberespacio de todos los que por él navegan, ni lo hace al mismo tiempo para todos los navegantes. En realidad, no lo modifica de ningún modo, ya que el ciberespacio es indefinible estáticamente: existe y permanece a partir de la interacción. Por lo tanto, cualquier aparente modificación es generada por la aparición y desaparición de actores: cada vez que se conecta una computadora aparece uno nuevo y cada vez que se desconecta desaparece otro.

Toda esa interacción es la que está definiendo el ciberespacio. En este inabismable espacio es donde tenemos que pensar el consentimiento. Justificaré esta afirmación.

Cuando fui invitado a participar en esta mesa redonda, se me comunicó que el tema a tratar era “El consentimiento en los medios electrónicos”.

Es de notar que la preposición empleada es “en”, cuando es muy frecuente escuchar la misma frase con otra preposición, de modo que se lee: “El consentimiento por medios electrónicos”.

En esta última versión, las cuestiones fácticas que acuden a la mente para estudiarlas desde el derecho son, por ejemplo, los contratos celebrados por computadora. El medio es, en este ejemplo, un instrumento, el instrumento electrónico utilizado para el intercambio de voluntades que confluyen en la formación del contrato.

Hace ya muchos años, en unas Jornadas en Mar del Plata, un especialista francés en derecho de la informática, André Bertrand, decía que ocuparse del consentimiento prestado por medios electrónicos, cuando ese medio era la computadora, era en cierto modo anacrónico y una distracción de esfuerzos

en un tema que no debía presentar dificultades. Proponía que debíamos ocuparnos del consentimiento por vía telefónica.

Traigo a colación este recuerdo porque lo cierto es que las computadoras llevan en su memoria un “log”, un registro tan minucioso y siempre recuperable —a menos que su borrado sea llevado a cabo por un conocedor y con mucho esmero— que la prueba del proceso de formación de los contratos y, por ende, del contrato mismo, es una cuestión simple, sin negar su complejidad técnica para el no iniciado.

Volviendo al título —“El consentimiento en los medios electrónicos”— vemos que la utilización de la preposición “en” modifica totalmente la cuestión.

La palabra “medio” deja de ser un sinónimo, un reemplazo, de la palabra “instrumento”, como podía entenderse cuando cambiamos la preposición “en” por “por”: “El consentimiento por medios electrónicos”.

Ahora sí podemos comprender la novedad del tema. El adjetivo “novedoso” se aplica al medio donde se forma el consentimiento. “Medio” es el ámbito, no el instrumento. Al considerar el “ámbito” desaparece el acento que la consideración del “instrumento” coloca sobre la acción, ya que un instrumento sirve para ejecutar acciones, mientras que un ámbito no requiere de la acción para comprenderlo conceptualmente.

El consentimiento en los medios electrónicos es el consentimiento prestado en un ámbito novedoso. Eso es lo nuevo, el espacio, no el consentimiento, ni la oferta, ni la aceptación.

En este espacio virtual se generan relaciones entre los que lo navegan. Aparecen en él ofertas que permanecen a la espera de ser aceptadas durante el tiempo que están en el espacio, o durante el tiempo que estipula quien allí las coloca.

La aceptación de la oferta, el mutuo consentimiento que perfecciona un contrato celebrado vía Internet, ¿es un contrato entre ausentes o entre presentes?

Hemos escuchado respuestas diversas que son la conclusión de distintos razonamientos. Por ejemplo:

a. Se trata de un contrato entre ausentes, dicen algunos, porque la aceptación de la oferta no es dada en presencia del oferente.

b. Es un contrato asimilable al contrato entre presentes porque la comunicación es instantánea.

De modo que es un contrato entre ausentes y al mismo tiempo un contrato entre presentes. Me resulta difícil de comprender. Lo que sucede es que me perturba pensar desde lo jurídico un espacio en el que trabajamos a diario sin pensarlo en términos de derecho, un espacio distinto de los espacios en los que nos manejamos con la soltura de la costumbre de la vida cotidiana. Enfrentamos un nuevo ámbito de aplicación de las normas.

¿Puede comprenderse que al comunicar una aceptación en el ciberespacio cerramos un contrato a distancia? ¿Es un contrato entre presentes o uno entre ausentes? ¿Habremos celebrado un contrato a distancia entre presentes? ¿Cuál es o cuáles son los términos de referencia a considerar para determinar que

hay ausencia o presencia de los contratantes? ¿Cuál es o cuáles son los términos de referencia a considerar para determinar que hay distancia o no la hay entre las partes en el contrato?

Consideremos lo que sucede cuando trabajamos con formatos EDI (*Electronic Data Interchange*, Intercambio Electrónico de Datos) y tomemos como ejemplo el clásico de la industria automotriz que citó la Dra. Brizzio.

El trabajo con formatos EDI implica un contrato marco que hace que al recibirse en una computadora determinado formato y una orden se pueda poner en marcha, de inmediato, una cadena de producción y comercialización del producto. Cuando, en el ejemplo que escuchamos, la concesionaria de automotores envía el pedido a la fábrica, en ésta comienza la producción de los vehículos pedidos, sin necesidad de intervención del hombre. Es decir que se pone en marcha el mecanismo de cumplimiento del contrato en el momento de recibir la orden de compra, porque la máquina está programada para eso. ¿Esto implica que el contrato se ha celebrado entre presentes o entre ausentes? ¿Cuál es la posibilidad de retractación?

Lo de los contratos marco a que he hecho referencia es como reciclar un viejo tema. En septiembre de 1986, si la memoria no me falla, en unas jornadas celebradas en París, Francia, denominadas “COMPAT” (*Computer Aided Trade*), un representante de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) decía que para darle validez a un documento electrónico lo que hacía falta era un escrito confeccionado en un papel muy resistente y durable con una certificación notarial debajo de cada firma. ¿Qué debía decir ese papel? Ese papel debía decir: “Lo que circule entre nuestras computadoras es contrato entre nosotros”.

Ya antes de ese momento existía la red telemática SWIFT, emprendimiento cooperativo de bancos de distintos países. Sus integrantes pudieron operar internacionalmente prestando su consentimiento y recibiendo el consentimiento de otras entidades financieras para remitir dinero, debitarlo, acreditarlo y hacer otros múltiples negocios bancarios. La red cooperativa no tenía contratado seguro, se autoaseguraba, es decir que debía responder por sus errores por operaciones que representaban muchos millones de dólares. Sin seguro, la red garantizaba que una vez iniciada la transmisión del mensaje, éste llegaría íntegro a destino. Esta garantía se extendía, en consecuencia, a lo que sucedía entre los ordenadores a partir del momento en que se oprimía el botón “send” y hasta que el mensaje era recibido en el ordenador de destino. Lo que acontecía antes y lo que pudiera suceder después no estaba garantizado, ya que el sistema garantizaba a las máquinas, no a los seres humanos.

Es conveniente recordar que el Banco Central de la República Argentina operó a través de esta red cuando en nuestro país no se admitía la validez de un documento sin firma, no se otorgaba validez al documento electrónico.

Cito esta referencia histórica porque la fuerte garantía otorgada por los bancos integrantes de SWIFT amparaba el ciberespacio, el ámbito en el que encuadramos el tema de esta mesa redonda.

Mi colega, el Dr. Molina Quiroga, ha citado en esta mesa algunas opinio-

nes nacionales respecto de los “*click agreements*”. Lorenzetti invoca a su respecto la regla admisible basada en la costumbre negocial y en la conducta de las partes. Otros, como Vives y de Luca, en uno de los muchos artículos que mensualmente se publican en *La Ley* sobre documentos electrónicos, dicen que esos contratos son negocios consensuales.

Me pregunto si cuando Lorenzetti dice que los “*click agreements*” son contratos basados en una regla admisible consistente en el solo punteo del *mouse*, por ser la costumbre negocial y la conducta de las partes, se está refiriendo al artículo 17 del Código Civil, que dispone que los usos y costumbres no pueden crear derecho sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente. Norma similar al art. 2 del Título Preliminar del Código de Comercio, que determina que cuando las condiciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto remitirse a la costumbre para dar a esos actos el efecto que deben tener según la voluntad presunta de las partes.

Quiero ahora hacer unos breves comentarios sobre lo que escuché decir a mis colegas en esta mesa.

La Dra. Brizzio aludió a un negocio completamente virtual. Voy a imaginar uno: la adquisición de una novela de Stephen King que se encuentra en soporte magnético. La solicitud se hace vía *e-mail* a la página de Internet de la librería virtual y se paga mediante transferencia de valores a una cuenta virtual. De todo este proceso informático no queda ninguna prueba palpable. Si el valor que transfiero es crédito que previamente he colocado en una cuenta virtual, entonces el negocio queda divorciado por completo de cualquier conexión material.

Imaginado el negocio absolutamente virtual, voy a someter a consideración otro caso hipotético. Un funcionario público es acusado de enriquecimiento ilícito. Pero resulta que el funcionario dice que el dinero lo ganó mediante la venta en Internet de recetas de cocina y canciones especiales para fiestas infantiles. ¿Dónde encontramos las pruebas de esas ventas?

Considero, sin embargo, que el problema de la prueba se resuelve, y dejo planteado el tema como una inquietud.

Para terminar en el horario anunciado voy a proponer que nos preguntemos desde dónde debemos pensar la regulación del consentimiento en los medios electrónicos.

La regulación del espacio exterior se basó en parte en el Código de Hammurabi: el régimen de propiedad de artefactos espaciales reingresados a la tierra es la aplicación de la tan vieja norma respecto de la titularidad del mensaje llevado por una paloma mensajera que caía muerta en su camino. Si para legislar sobre algo tan novedoso fue necesario bucear en un pasado tan lejano, quizás en materia de consentimiento en los medios informáticos deberemos buscar los equivalentes funcionales de la normativa y no los equivalentes de los objetos a cuyo respecto se dictan. En una palabra, si el ciberespacio no tiene antecedente que podamos reconocer para hurgar las soluciones ya proba-

das, entonces debemos repensar la noción de consentimiento y el contexto jurídico en el que esa noción es necesaria.

**Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.-** Agradezco al Dr. Bekerman, quien con su indudable autoridad nos ha ilustrado sobre temas que se tratarán en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del próximo año. Quedan invitados para la próxima mesa redonda.

—*Con lo que terminó el acto.*