

DECLARACIONES DE VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Por **Ricardo Lorenzetti**

La declaración de voluntad es emitida a través de la computadora, y aunque ésta última esté programada para actuar por sí misma, no es un sujeto independiente¹. Tanto el *hardware* como el *software* cumplen una función instrumental, material, a la que no es aplicable el instituto de la representación.

La declaración es imputable al sujeto a cuya esfera de intereses pertenecen el *hardware* o el *software*.

La regla de imputabilidad es clara, pero lo problemático de la contratación electrónica consiste en aplicarla, precisamente en establecer ese nexo: un sujeto puede decir que la declaración del programa o del computador no obedece a sus instrucciones, o que éste no es de su propiedad, o que ha sido utilizado por un tercero, o que ha sido interferido ilegalmente, o que otra persona envió un mensaje en su nombre, o que estaba en un estado de inconsciencia, o que hubo error, violencia o incapacidad. Como veremos con mayor extensión al analizar los estados subjetivos, el problema del medio electrónico es que, si bien es un instrumento material, tiene una capacidad de mediación muy superior a la de las otras herramientas conocidas y puede ocultar, opacar o, incluso, disolver la figura de quien lo utiliza.

Las partes que comercian habitualmente pueden solucionar este problema con cierta facilidad, haciendo un contrato cuyas cláusulas determinen en qué

(1) Jaccard, Michel, *La conclusion de contrats par ordinateur. Aspects juridiques de l'échange de données informatisées*, Staempfi Cie SA, Berne, 1996, pág. 620. Esta afirmación es relativa al estado actual de la tecnología y no excluye la posibilidad de que lo sea en el futuro, como lo predicen muchos autores que han trabajado sobre la inteligencia artificial.

casos se considera que los mensajes electrónicos pertenecen a la esfera de intereses de cada una de ellas; podrán aclarar que los obligan todos los mensajes, o sólo aquéllos encriptados, o sólo los que tienen firma digital, según el grado de seguridad que quieran establecer. En el caso del intercambio electrónico de datos, que veremos más adelante, este convenio de legitimación es habitual y más sencillo, porque se trata de redes cerradas y vínculos de duración.

Cuando se trata de encuentros ocasionales y en redes abiertas, los problemas pueden ser más agudos. En este caso, el costo de transacción de negociar un acuerdo de legitimación es elevado y por ello debe asistirse a las partes mediante reglas, que pueden provenir de la interpretación de las cláusulas generales de los códigos civiles o bien de una legislación especial.

Las reglas son:

– En las relaciones entre remitente y destinatario de un mensaje electrónico no se negará validez o eficacia a una declaración de voluntad por la simple razón de que ha sido hecha por medios electrónicos². Es una aplicación del principio de no discriminación ya expuesto.

– Se presume la validez si existe una conducta anterior de las partes en el sentido de admitir la legitimidad de la comunicación por medios electrónicos. Esta regla se funda en la buena fe, en la prohibición del comportamiento autocontradictorio o en una legislación especial que la establezca.

– Si hay un dependiente o autorizado para utilizar el instrumento, sus actos se imputan al principal. Esta regla está en la mayoría de los códigos, que imputan al principal los actos del dependiente, sustituto o auxiliar.

– Si hay un dispositivo electrónico programado por el remitente, queda vinculado.

– Si hay correo electrónico vinculado al emisor, también hay presunción.

– Si hay un medio de confirmación solicitado por el remitente y ha sido utilizado por el receptor.

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, el de utilizar un medio seguro.

La estructura de esta regla obedece a la necesidad de diseñar comportamientos cooperativos eficientes, ya que quien se decide a comerciar por medios electrónicos debe estar racionalmente orientado a utilizar los más seguros y a prevenirse contra los terceros que puedan afectarlos; no puede pretender que esa carga la tenga el destinatario, a quien le sería mucho más costoso.

El uso del medio digital y la apariencia creada admiten prueba en contrario, lo que significa que el emisor puede aportar evidencia de que el mensaje no le pertenece.

El destinatario tiene deberes de diligencia media y autoinformación: no podrá atribuir el mensaje al emisor sobre la base de presunciones, si fue avisa-

(2) UNCITRAL, art. 12.

do por el remitente de que el mensaje no le pertenecía o si debería haberlo sabido empleando una diligencia media.

Existe un problema de atribución del riesgo de la frustración de la comunicación en supuestos, cada vez más frecuentes, en que los mensajes electrónicos no lleguen a destino o no consigan ingresar en el sistema del destinatario.

Para una corriente de opinión, hay una presunción de cognoscibilidad, de la que deriva la carga del titular del *e-mail* de controlarlo periódicamente. De este modo, se señala que el contrato se perfecciona desde el momento en que el impulso del aceptante se ve registrado en el *server* del *provider*³. Esta tesis ha sido puesta en cuestión al indicarse que si el mensaje es enviado pero no ingresa al sistema del receptor, no hay perfeccionamiento, y por ello se exige un conocimiento efectivo.

Las dos tesis se contraponen: la primera impone al receptor titular del *e-mail* la carga de controlar y los riesgos de su funcionamiento porque es el propietario, real o aparente; la segunda traslada al emisor los riesgos porque ha elegido el medio. En la contratación empresaria la cuestión es cada vez menos relevante porque los medios técnicos van limitando los riesgos; el problema se plantea en la contratación de consumo, pero obedece a otros principios y reglas.

En nuestra opinión, *la declaración se considera conocida cuando entre en la esfera de control del receptor y existe una carga de autoinformación y de custodia a cargo del sujeto identificado como titular.*

Uno de los supuestos que involucran problemas de atribución es la celebración de contratos entre computadoras que se programan para manifestar una oferta, recibirla y emitir una aceptación⁴.

Existe un intercambio de mensajes electrónicos automáticos, que pueden considerarse documentos, pero no hay firma digital. La voluntariedad del sujeto se manifiesta en haber instalado el servicio informático en su empresa pero no en el acto concreto, ya que la computadora funciona automáticamente. En estos casos, reviste fundamental importancia el comportamiento concluyente de la parte que monta un sistema informático automatizado para relacionarse con terceros, creando una apariencia jurídica clara de que responderá por las acciones de la máquina. Asimismo, habrá de tener relevancia si el sujeto respondió por los hechos de la computadora en casos anteriores. Al existir estos indicios, cabe presumir la imputabilidad y el sujeto deberá ofrecer prueba de descargo si en el caso concreto no hubo una orden expresa. Ello puede ocurrir por una falla de la computadora o por la intervención de un tercero (*hacker*).

Esta regla viene siendo aplicada en casos de empresas que ofrecen servicios de contratación *on line* a cargo de sistemas computarizados automáticos. Por

(3) Tosi, Emilio, "I problemi giuridici di Internet", *Diritto dell'informatica*, Collana diretta da Guido Alpa, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 25.

(4) Allen, T.; Widdison, R., "Can Computers Make Contracts?", *Harvard Journal of Law and Technology* 25 (Invierno 1996). Stiglitz, Rosana M., "Contratos celebrados por medio de computadoras", *Contratos, Teoría general*, t. I, Buenos Aires, 1990, pág. 23, ap. 3.

ejemplo, se ha resuelto que una compañía de seguros queda obligada por la respuesta automática a la solicitud de renovación de la póliza, en razón de que la computadora obra de acuerdo con la información y las instrucciones de su operador⁵.

La regla general descrita en el punto anterior tiene su aplicación en el campo del intercambio electrónico de datos⁶. La terminología (*Electronic Data Interchange*, EDI) se basa en la idea del intercambio, de transmisión y recepción de datos. El EDI ha sido definido 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”⁷. El EDI se sustenta en un formato estandarizado para facilitar la conexión entre computadoras, diseñado únicamente para ser entendido por los ordenadores, mientras que el *e-mail*, el télex, el fax, etc., utilizan mensajes para personas. El contenido de los datos que integran los mensajes es procesado a partir de otras aplicaciones integradas al sistema y a partir de ello el programa toma decisiones.

Es un claro ejemplo de despersonalización del contrato⁸, ya que se produce un diálogo entre dos computadoras.

Existen una serie de definiciones propias del EDI que han sido incorporadas en diversos instrumentos de orden normativo: el Modelo Europeo de Acuerdo de EDI, aprobado por la Comisión Europea el 19 de octubre de 1994⁹; el de la Cámara de Comercio Internacional, a través de la decisión del 22 de septiembre de 1987, acordada en París en la 51ª Sesión de la Cámara de Comercio Internacional, que aprueba las “Reglas de conducta para el intercambio de datos por teletransmisión”, conocidas como reglas UNCID¹⁰; la UNITRAL aprobó el 14 de junio de 1996 la “Guía para incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y otros medios conexos de comunicación de datos”; también, el *Model Trading Partner Agreement* de la *American Bar Association* (Estados Unidos).

Este sistema permite operar a gran velocidad de comunicación entre lugares distantes, disminuir drásticamente los costos administrativos porque se automatizan las decisiones, mejorar la auditoría y el control. Normalmente, el EDI funciona con redes privadas, que pueden alquilarse a grandes operadores

(5) “Star Farm Mutual Auto. Ins. Co v. Bockhurst”, 453 F2d. 533, 1 th. cir. 1972.

(6) Barceló, Rosa Julia, *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y la prueba del contrato electrónico* (EDI), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. Jaccard, Michel, op. cit., nota 1. Junqueira, Miriam, *Contratos electrónicos*, Mauad, Río de Janeiro, 1997.

(7) Comisión Europea Presentación del EDI (*Electronic Data Interchange*). EUR 11883 ES. Comisión de las Comunidades Europeas, 1989, pág. 12.

(8) Mc Kevitt, P., *Securing Electronic Data Interchange, Law, Computers & Artificial Intelligence*, vol. 2. N° 1, Exeter, 1993, pág. 35.

(9) Recomendación de 18/12/1994, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L/338/100.

(10) Publicación N° 452, *International Chamber of Commerce*, París, pág. 17. Hoy día estas reglas forman parte del Repertorio UN/EDIFACT.

de redes multinacionales y su área de aplicación son las relaciones entre grandes empresas. Se puede usar tanto para el marketing como para la celebración de contratos de aprovisionamiento, tanto en el campo de bienes físicos como en el de los digitales, tanto en el sector público como en el privado. Se trata, normalmente, de contratos mercantiles de aprovisionamiento y compraventa.

El régimen jurídico, según la experiencia europea, presenta dos contratos, uno vinculado al intercambio de datos y otro a la operación comercial, lo cual determina un problema de relaciones recíprocas entre ambos contratos; se lo ha entendido como un contrato complejo; en cambio, en EE.UU. se lo entiende como una sola operación.

La declaración de voluntad es producida o trasladada por el medio electrónico, que se interpone entre el sujeto emisor y el tercero que la recibe.

Surge un problema grave: cómo evaluar si el emisor de la declaración fue quien dice serlo o, en realidad, fue un tercero que se sentó a la computadora y la utilizó en su nombre; cómo saber si es un menor o un mayor de edad; cómo determinar si hay error o vicio de lesión; si hay inhabilidad para contratar.

El marco general de análisis de estas cuestiones debe partir, en nuestra opinión, de calificar a estas declaraciones de voluntad como “recepticias”, de modo que no se trata sólo de la voluntad del declarante sino de la interpretación que puede hacer el receptor: es un problema de reconocibilidad.

El tema tiene su historia. La teoría de la voluntad ha dado su preferencia a la voluntad interna del sujeto, a sus intenciones, y cuando hay discordancia con lo declarado debe darse prioridad a lo querido efectivamente. La teoría de la declaración, en cambio, considera el aspecto externo y el sujeto es responsable por los medios que elige para expresarse; por lo tanto, tiene primacía lo declarado.

La expansión de numerosas tecnologías en el campo de la contratación acentuó el problema referido a la indagación de los estados subjetivos: las tarjetas de crédito, los títulos valores, los cajeros automáticos, los negocios masificados, los contratos de consumo, en general, han ido deteriorando la utilidad de los vicios de la voluntad como mecanismo protector. Gradualmente se ha ido dando primacía a la declaración, a la apariencia y, en general, a los modos objetivos de evaluación de la expresión de la voluntad. También podrá recurrirse a la noción de “conducta social típica”, como fuente obligacional, en los ordenamientos en que así se lo recepte.

La primacía de la declaración y de la apariencia, en general, se refiere a la voluntad del emisor, la que es apreciada en sus aspectos externos por el receptor, que confía en ella.

En cuanto al receptor de la declaración, también hay una evolución hacia la objetivación. No se requiere el conocimiento en sentido psicológico sino la reconocibilidad¹¹; por lo tanto, la declaración efectuada por medio de un e-

(11) Zoppini, Andrea, “La conclusion dei contratti su Internet”, *Jei-Jus e Internet*.

mail será eficaz apenas sea memorizada en la computadora, independientemente del momento en el que sea efectivamente abierta.

Esta regla es apta para el buen funcionamiento de las comunicaciones por medios electrónicos, puesto que el emisor se desliga del problema del conocimiento efectivo por parte del sujeto receptor; no es necesario que su intelecto tome conocimiento, es suficiente con que lo conozca su computadora. En otros términos: *no es necesario que el mensaje ingrese en la esfera del conocimiento intelectual sino en su esfera de control.*

La aplicación de una regla de este tipo puede ocasionar problemas: ¿qué sucede si alguien que quiere enviar un mensaje a otro sujeto, en virtud del cual quede obligado, se lo envía junto con otros cien; el mensaje quedará oculto, probablemente pasará inadvertido, sin embargo, habría “reconoscibilidad”. La regla así enunciada se vincula con el reparto de riesgos, porque cada sujeto debe soportar los del instrumento que utiliza para comunicarse y por ello requiere de un pacto sobre cómo se distribuirán esos aspectos o una ley que lo defina.

Fijadas las reglas precedentes, los problemas que surgen se vinculan con la prueba concreta en cada caso, por lo que nos limitamos a mencionar los principales conflictos¹².

La incapacidad es un presupuesto de la contratación. En relación con ella, resulta de aplicación el art. 1160 CC, pero existe la dificultad de que no se puede constatar la capacidad de quien opera en una computadora. En estos casos el contrato es inválido pero susceptible de ratificación por parte del mayor (art. 1162 CC). En Francia se aplica la teoría de la apariencia para obligar al mayor; en EE.UU. el menor puede ser responsable de un agravio si las partes creyeron que estaban firmando con un adulto.

Los vicios de los actos voluntarios son el error, el dolo y la violencia; los vicios del negocio jurídico son la simulación, el fraude y la lesión¹³.

La ignorancia y el error son vicios de la voluntad que afectan a la intención, porque importan la falsa noción o la ausencia de ésta sobre aspectos esenciales de la declaración. El error de derecho versa sobre la existencia o la interpretación de una norma jurídica y es, en general, inexcusable (art. 923 CC). Sin embargo, en la contratación electrónica pueden plantearse numerosas situaciones, ya que las partes se relacionan sin saber el lugar donde operan y pueden desconocer, efectivamente, el derecho aplicable o la existencia de una norma o, con mayor frecuencia, la interpretación que hacen los jueces del lugar. En estos supuestos, es aplicable la doctrina que considera que el error de derecho, cuando afecta a la causa para contratar, permite la anulación del acto¹⁴.

(12) Azar, María José, “El consentimiento en la contratación electrónica”, ponencia publicada en Perú.

(13) Rivera, Julio, *Instituciones del Derecho Civil*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 774.

(14) Moisset de Espanés, Luis, “El error de derecho en el Derecho Civil contemporáneo y en el Código Civil argentino”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, año XXV, pág. 144; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El error de derecho en la impugnación de peticiones hereditarias aprobadas judicialmente”, *JA*, 1979-1588.

El error de hecho invalidante es aquel que recae sobre un elemento esencial del acto y resulta excusable. Este tipo de errores pueden ser frecuentes en las operaciones electrónicas, como ocurre con el error de tipeo. El problema no es la admisibilidad sino la prueba, que resulta difícil.

La carga de la prueba de la existencia del error recae sobre el impugnante¹⁵.

En todos los supuestos de error, la solución más eficaz es la retractación o la corrección por cualquier modo que se disponga. La posibilidad concreta de hacerlo se relaciona con la formación del consentimiento y, sobre todo, con el tiempo: si es una comunicación instantánea, interactiva, no hay tiempo intermedio para la retractación, lo que en cambio sí es posible cuando hay un intercambio de mensajes que ingresan en un box o existe un deber de confirmar o acusar recibo.

El dolo puede afectar la voluntad negocial. En este caso se utiliza cualquier artificio, astucia o maquinación, afirmando lo que es falso o disimulando lo que es verdadero (art. 931 CC). El dolo como vicio de la voluntad debe ser grave, determinante de la acción, susceptible de causar un perjuicio y no debe existir dolo de ambas partes; el efecto jurídico es la nulidad del acto. Numerosos casos en la *web* darían lugar a la acción de nulidad del acto por existir dolo: el funcionamiento de algunos sitios de subastas en los que hay ofertas de dinero “armadas” para engañar sobre el verdadero valor; la presentación de bienes para vender que tienen características falsas, imposibles de constatar por el comprador, ya que no hay pruebas empíricas.

La nulidad del acto por dolo es una acción admisible¹⁶. En la práctica negocial se ha usado muy poco en la economía real y probablemente menos en la virtual, sobre todo por la dificultad que encierra la acción y por la existencia de otros medios, como los que provee la protección del consumidor, la sanción por la publicidad engañosa.

(15) Brebbia, Roberto, *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires.

(16) Azar, op. cit.