

XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

EL CONSENTIMIENTO Y LOS MEDIOS INFORMÁTICOS

Por **Eduardo Molina Quiroga**

En el marco de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión III, bajo la presidencia de los Dres. Carlos A. Parellada y Graciela Messina de Estrella Gutiérrez¹, se ocupó de analizar el consentimiento y los medios informáticos. A tales efectos se recibieron más de treinta ponencias² y luego de un ordenado pero intenso debate, con amplia participación de ponentes y asistentes, se arribó por unanimidad a interesantes conclusiones, tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*.

(1) Fueron secretarios de Comisión Fulvio Santarelli, Cristina Armella y Magdalena Giavarin, mientras que actuaron como coordinadores Claudia Brizzio, Esteban Centanaro y Eduardo Molina Quiroga y como coordinador internacional, Christian Larroumet. Fue designado relator ante el plenario Alejandro Borda.

(2) Fueron autores de ponencias: Alicia Basanta, Silvia M. Castillo, Alejandro Borda, Graciela Wust, Lidia Calegari de Grosso, María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, Florencia Ghirardi, Luis Daniel Crovi, Carlos Marcelo D'Alessio, Pablo Andrés Di Feo, Mónica Fresneda Saieg, Carlos Alfredo Hernández, Mario César Gianfelici, Roberto Eduardo Gianfelici, José Eduardo González, Guillermo P. Tinti, Amanda Estela Kess, María Emilia Lloveras, Norma Juanes, José Fernando Márquez, Maximiliano Rafael Calderón, Eduardo Molina Quiroga, Graciela G. Pinesse, Marina Andrea Ribas, Ilse Ellerman, Gustavo Sánchez Mariño, Ernesto Clemente Videla, César Omar González, Alejandro Marcelo Romero, Elizabeth Aimar, María Delia Pereyro, José Fernando Márquez, Gonzalo López del Carril, Gabriel Mariel Scolarici, María José Azar, José María Gastaldi, Esteban Centanaro, Guillermo A. M. Colla, Sabrina R. Propper, Lucas Granillo Ocampo, Marisa Bonafina, Ariel Ariza y Silvina María Chain Molina.

Conclusiones de lege lata

Recogiendo la propuesta de la mayoría de las ponencias presentadas, se destacó que los actos jurídicos patrimoniales que contengan una declaración de voluntad común, aun cuando sean formalizados por medios informáticos, configuran contratos en los términos del artículo 1137 del Código Civil y, en consecuencia, les son aplicables los principios generales del derecho común en materia de obligaciones y contratos.

La expresión “medios informáticos” ha sido empleada en sentido amplio, como se advierte luego, ya que se incluye en esta denominación el correo electrónico y la acción que se concreta en uno o más “sitios” de Internet o por cualquier otro sistema de “mensaje de datos”³.

Aunque no fue especialmente considerado el término “mensaje de datos”, es relevante tenerlo en cuenta, ya que es el concepto que introduce la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI (UNCITRAL)⁴, citada en varias ponencias y que por su origen internacional tiene y ha tenido influencia en numerosas legislaciones nacionales.

El artículo 2 de dicha ley modelo entiende como “mensaje de datos” la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos⁵, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

En la misma línea de pensamiento, otra de las conclusiones sostuvo que “el principio de libertad de formas es particularmente aplicable a los contratos celebrados por medios informáticos”. Recordemos al respecto que, a pesar de lo establecido en el artículo 974 del Código Civil, reiteradamente se ha sostenido que al referirse a los documentos se confunde la forma, en tanto modo de exteriorización de la voluntad, con los documentos como medio de prueba.

En consecuencia, no resulta ocioso insistir en el principio que establece que la voluntad puede manifestarse sin ajustarse a ninguna formalidad, salvo expresa exigencia legal⁶.

(3) Debe recordarse que la Convención de la ONU sobre compraventa internacional de mercaderías (1980) ya establecía, en su artículo 13: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘por escrito’ comprende el telegrama y el télex”.

(4) Aprobada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU 51/162 de diciembre de 1996. Ver <http://www.uncitral.org/en-index.htm>

(5) La Directiva Europea 48/1998 define “por vía electrónica” a un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético.

(6) Vale citar el artículo 141 del Código Civil de Perú (Manifestación de voluntad): “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, *electrónico* u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige la declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

En este aspecto, la ya citada Ley Modelo CNUDMI establece que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (artículo 5) y agrega que: “*Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta (art. 6, ap. 1), principio que será aplicable tanto si el requerimiento está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito*”⁷.

En cuanto a los conceptos de “oferta” y “aceptación”, se consideró que hay manifestación de voluntad por medios informáticos, tanto en la oferta como en la aceptación, “cuando el mensaje ha salido de la esfera de control del emisor”.

Es evidente que hubo inspiración fundamentalmente en la ya mencionada Ley Modelo CNUDMI, cuyo artículo 15 establece: “De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador”⁸.

(7) Este artículo se integra con las disposiciones sobre “firma”(artículo 7): “1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma...” y “original” (art. 8): “1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original. 3) Para los fines del inciso a) del párrafo 1): a) la integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y b) el grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso”.

(8) El artículo citado sigue del siguiente modo: “2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar: i) en el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o ii) de enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; b) si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario. 3) El párrafo 2) será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 4). 4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por ex-

También hubo consenso en distinguir los contratos que se realizan en tiempo real (*on line*), de aquellos en los que no existe una conexión en tiempo real (*off line*), ya sea por la utilización de correo electrónico u otros procedimientos, para concluir que los contratos celebrados en tiempo real (*on line*) se rigen por las normas relativas a los contratos entre presentes y, en cambio, los realizados sin una conexión en tiempo real se rigen por las normas relativas a los contratos entre ausentes.

En este punto debe señalarse que la Directiva europea 48/1998/CE⁹ distingue, entre los que denomina “servicios de la sociedad de la información”¹⁰ los servicios “a distancia”, los prestados “por vía electrónica” y los realizados “a petición individual de un destinatario de servicios”.

El denominado “servicio a distancia” es aquél prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente.

El llamado “por vía electrónica” implica un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético.

Finalmente, el servicio “a petición individual de un destinatario de servicios” es aquél prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

Sin perjuicio de ello, y aunque la redacción a que arribó la Comisión puede merecer alguna crítica por reduccionista, creemos que su sentido resulta claro para los juristas argentinos y funciona como presupuesto para la siguiente conclusión. Ésta señala que: “En los contratos celebrados por medios informáticos, que se rigen por las normas relativas a los contratos entre ausentes, el consentimiento se perfecciona desde el momento de la expedición de la aceptación”.

En esta materia la Comisión, en su propuesta sobre el derecho vigente, se ajusta a la regla de nuestro Código Civil para los contratos entre ausentes, que consagra la *teoría de la expedición* (art. 1154) como regla, aunque con *atenuaciones a favor de la teoría del conocimiento* (art. 1155), esto último en materia de retractación de la aceptación.

Debe recordarse, sin embargo, que el principio establecido por la Convención de la ONU sobre compraventa internacional de mercaderías (Viena 1980)¹¹ es que *la oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario* (art. 15). Así parece entenderlo el Proyecto de Unificación, que considera concluido al con-

pedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo: a) si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual”.

(9) Diario Oficial N° L 217 de 05/08/1998 p. 0018-0026 (Documento 31998L0048) CONS-LEG - 98L0034 - 05/08/1998 - 33 p. (ver: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/index.html>).

(10) Todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración.

(11) Ver texto en español en <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/textoc.htm>

trato cuando se produce una aceptación útil y ella es recibida por el oferente¹². Esta solución es recomendada *de lege ferenda*.

Se reafirma, en el despacho sobre derecho vigente, la plena vigencia de las normas de defensa del consumidor en los contratos celebrados por medios informáticos, cuando se reúnan los presupuestos previstos para su aplicación, pero se hace hincapié en el polémico aspecto de las “condiciones generales predispuestas”.

En este sentido, la Comisión entendió que, en principio, debe admitirse la validez de las condiciones generales, relativas al régimen de formación del consentimiento, cuando ellas son incorporadas por el proponente del contrato, al iniciarse las tratativas y siempre que el adherente haya conocido o podido conocerlas y entenderlas. En tal sentido, el principio que emana de los artículos 42 de la Constitución Nacional y 4 de la Ley de Defensa del Consumidor cobra especial relevancia en los contratos celebrados por medios informáticos.

La obligación de información y consejo en cabeza de la parte que domina la situación (el proveedor predisponente) ha sido destacada, sobre todo teniendo en cuenta ciertas ambigüedades de la Ley de Defensa del Consumidor en materia de contratos a distancia y la necesidad de incorporar textos más explícitos en esta materia, invocándose en varias ponencias la minuciosa legislación europea¹³.

(12) En similar sentido: el Proyecto de Código Único de 1987, el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, los Principios UNIDROIT, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.

(13) Por ejemplo, puede verse la Directiva 7/1997/CE cuyos artículos pertinentes transcribimos: “*Artículo 4. Información previa*: 1. Previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia, y con la antelación necesaria, el consumidor deberá disponer de la información siguiente: a) identidad del proveedor y, en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección; b) características esenciales del bien o del servicio; c) precio del bien o del servicio, incluidos todos los impuestos; d) gastos de entrega, en su caso; e) modalidades de pago, entrega o ejecución; f) existencia de un derecho de resolución, salvo en los casos mencionados en el apartado 3 del artículo 6; g) coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica; h) plazo de validez de la oferta o del precio; i) cuando sea procedente, la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida. 2. La información contemplada en el apartado 1, cuya finalidad comercial debe resultar inequívoca, deberá facilitarse al consumidor de modo claro y comprensible, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, y deberá respetar, en particular, los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar según la legislación nacional de los diferentes Estados miembros, como los menores. 3. En el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente al principio de cualquier conversación con el consumidor la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada. *Artículo 5. Confirmación escrita de la información*: 1. El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada en las letras a) a f) del apartado 1 del artículo 4, a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre

Con similar orientación tuitiva de la parte débil en la relación negocial, se sostuvo que en los contratos celebrados por medios informáticos está vigente la obligación de seguridad establecida por el artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Teniendo presente la dificultad que puede desprenderse del concepto de oferta (a persona determinada) que surge no sólo de nuestro Código Civil, sino de la propia Convención de Viena¹⁴, se juzgó conveniente sostener que las ofertas y la publicidad realizadas por medio de sitios o páginas en Internet o mediante correo electrónico, a potenciales consumidores indeterminados, tienen la fuerza vinculante establecida en los artículos 7 y 8 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Otra de las conclusiones indicó que son aplicables a los contratos celebrados por medios informáticos las disposiciones sobre venta a domicilio y por correspondencia, con las consecuencias que establecen los artículos 32 a 34 de la Ley de Defensa del Consumidor, aunque es necesario reconocer que estas disposiciones merecen una actualización, en la línea marcada por la Directiva europea de 1997 sobre protección de los consumidores en la contratación a distancia¹⁵.

También hubo pronunciamiento sobre los documentos denominados “informáticos, electrónicos o digitales”, sosteniéndose que son “instrumentos particulares no firmados” y tienen la eficacia probatoria del principio de prueba por escrito, conforme al artículo 1192 2ª parte, Código Civil y artículo 209 *in fine* del Código de Comercio.

Se enfatizó que en la labor judicial debe primar la amplitud de criterio para valorar la fuerza probatoria de la prueba informática y que el valor probatorio de los documentos electrónicos, informáticos o digitales debe ser apreciado por el tribunal ponderando, entre otras pautas, los usos del tráfico, la

cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él. En todo caso, deberá facilitarse: - información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de resolución, con arreglo al artículo 6, incluidos los casos citados en el primer guion del apartado 3 del artículo 6; la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde el consumidor puede presentar sus reclamaciones; - información relativa a los servicios posventa y a las garantías comerciales existentes; - en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia, cuando éstos se presten en una sola vez, y cuya facturación sea efectuada por el operador de técnicas de comunicación. No obstante, el consumidor, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde puede presentar sus reclamaciones”.

(14) “Artículo 14. 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

(15) Directiva 7/1997/CE relativa a la protección de los consumidores en la contratación a distancia (Diario Oficial N° L 144 de 04/06/1997 p. 0019 - 0027 [Documento 31997L0007]).

conducta precedente y posterior de las partes, y la razonable convicción que pueda alcanzarse sobre su autoría, legibilidad e inalterabilidad, de acuerdo con los métodos utilizados para su creación y transmisión a terceros.

Nos resulta apropiado citar un reciente pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, cuya Sala II ha resuelto que: “*El pago no sólo puede ser acreditado mediante recibo sino que también debe considerársele realizado cuando aparece probado por otro medio fehaciente. Se impone una mayor flexibilización probatoria cuando se utilizan medios electrónicos de pago, propios del aporte de la era de la informática, atendiendo además a que el usuario bancario es un consumidor financiero, amparado en el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor 24240. Poseyendo la ejecutada un recibo –expedido por medios electrónicos– que indica el saldo, el mismo es válido y tiene efectos cancelatorios del pago (arts. 499, 505, 724 y concs. Cód. Civ.), incumbiéndole al acreedor que alega un hecho modificativo (que el ejecutado no pagó) la acreditación de ese extremo fáctico (art. 375 CPC)”, dado que “habiendo el ejecutado opuesto excepción de pago parcial, trayendo en apoyo de su defensa un recibo –sin firma– expedido por el banco actor por medios electrónicos, con evidentes visos de verosimilitud, incumbe al banco actor demostrar que las leyendas y constancias consignadas en ese instrumento privado no se corresponden con la realidad que reflejan”¹⁶.*

Conclusiones de lege ferenda

La Comisión coincidió en que, en general, resultaban adecuadas las propuestas contenidas en el proyecto de Código Civil de 1998 en materia de consentimiento contractual mediante documentos electrónicos, informáticos o digitales, más allá de algunos señalamientos específicos.

Se recomendó que se admitiera que los contratos en los cuales el consentimiento debe expresarse por escritura pública pueden ser celebrados por medios informáticos, siempre que el documento que se elabore reúna los requisitos de seguridad necesarios, y que pueden también celebrarse contratos por medios informáticos en instrumento privado con firma certificada por notario.

Al momento de sesionar las XVIII Jornadas Nacionales aún no había sido aprobada la ley N° 25506 de Firma Digital, por lo que se recomendó el inmediato tratamiento del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados sobre firma digital, firma electrónica y documento digital. Afortunadamente, al menos en este caso, poco tiempo después (el 14 de noviembre de 2001) fue sancionada, y resultó promulgada el 11 de diciembre. Su reglamentación está en avanzado proceso de elaboración, si bien a la fecha de este comentario aún no ha sido dictada por el Poder Ejecutivo¹⁷.

Conforme anticipáramos en el comentario a las conclusiones *de lege lata*,

(16) CCyC Azul, Sala II, 30-04-2002: “Banco Galicia y Bs. As. S. A. c/ Lucero, José s/ ejecución hipotecaria” (*El Día*, 06-06-2002).

(17) Puede consultarse en <http://www.pki.gov.ar>

la Comisión propició el dictado de una normativa sobre la base de los criterios de regulación inspirados en el régimen general del comercio electrónico establecido por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL)¹⁸.

El artículo 11 de la mencionada Ley Modelo establece, en materia de formación y validez de los contratos, que “en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”; en los artículos subsiguientes agrega una serie de reglas.

Conviene destacar que, si bien es cierto que al redactarse la Ley Modelo se tuvieron siempre presentes las técnicas más modernas de comunicación, tales como el EDI y el correo electrónico, los principios en los que se inspira, así como sus disposiciones, son igualmente aplicables a otras técnicas de comunicación menos avanzadas, como el fax. En algunos casos, un mensaje en formato numérico expedido inicialmente en forma de mensaje EDI normalizado será transformado, en algún punto de la cadena de transmisión entre el expedidor y el destinatario, en un mensaje télex expedido a través de una terminal informática o en un fax recibido por la impresora informática del destinatario. Un mensaje de datos puede nacer en forma de una comunicación verbal y ser recibido en forma de fax, o puede nacer en forma de fax que se entrega al destinatario en forma de mensaje EDI. Una de las características del comercio electrónico es la de que supone el empleo de mensajes programables, cuya programación en una terminal informática constituye el rasgo diferencial básico respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel. Todos estos supuestos están previstos por la Ley Modelo, que responde así a la necesidad en que se encuentran los usuarios del comercio electrónico de poder contar con un régimen coherente, aplicable a las diversas técnicas de comunicación que cabe utilizar indistintamente. Hay que señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo.

La Ley Modelo tiene por objeto enunciar los procedimientos y principios básicos para facilitar el empleo de las técnicas modernas de comunicación para consignar y comunicar información en diversos tipos de circunstancias. No obstante, se trata de una ley “marco” que no enuncia por sí sola todas las reglas necesarias para aplicar esas técnicas de comunicación en la práctica. Además, la Ley Modelo no tiene por objeto regular todos los pormenores del empleo del comercio electrónico. Por consiguiente, el Estado promulgante tal vez desee dictar un reglamento para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo a la luz de las circunstancias peculiares y posiblemente variables de ese Estado pero sin merma de los objetivos de la Ley Modelo. Se recomienda que todo Estado que decida regla-

(18) Ver nota 4 *supra*.

mentar más en detalle el empleo de estas técnicas procure no perder de vista la necesidad de mantener la encomiable flexibilidad del régimen de la Ley Modelo.

También se recomendó *de lege ferenda* que resultaba conveniente adoptar la teoría de la “recepción” en el sistema de formación del contrato entre “ausentes”.

Otra recomendación estuvo referida al “derecho de arrepentimiento”, propiciando que en los contratos celebrados por medios informáticos debería establecerse un plazo de reflexión más extenso que el actualmente previsto en la Ley de Defensa del Consumidor.

Se tuvo en cuenta que mientras la ley argentina sólo otorga cinco (5) días corridos al consumidor, la Directiva europea 7/1997/CE, en su artículo 6, la establece en siete días laborables, durante los cuales puede resolver el contrato negociado a distancia, sin penalización ni necesidad de expresar los motivos¹⁹.

(19) “Artículo 6. Derecho de resolución. 1. Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor. A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará: - en el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5; - por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5 si éstas se han cumplido después de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente. Cuando el proveedor no haya cumplido las obligaciones a que se refiere el artículo 5, el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr: - para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor; - para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato. Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el periodo de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento. 2. Cuando el consumidor haya ejercido el derecho de rescisión con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos. Únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el coste directo de la devolución de las mercancías. La devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días. 3. Salvo si las partes conviniesen en otra cosa, el consumidor no podrá ejercer el derecho de resolución previsto en el apartado 1 para los contratos: - de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1; - de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar; - de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; - de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor; - de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas; - de servicios de apuestas y loterías. 4. Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que: - en caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor, o - en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1. Los Estados miembros determinarán las modalidades de la rescisión del contrato de crédito”.

Finalmente, se sostuvo que en la regulación de los contratos celebrados por medios informáticos deberán respetarse también los principios generales de no discriminación y equivalencia funcional.

Se trata de principios establecidos en la Ley Modelo UNCITRAL, que se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación.

En el comentario que trae anexo la Ley Modelo, se explica que se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de “escrito”, “firma” y “original”, con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de éste último. Por ello, en la Ley Modelo se adoptó un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del “equivalente funcional”, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida²⁰.

La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Ya hemos mencionado que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de “escrito”, “firma” y “original”.

En resumen, creemos que en el ámbito de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión 3 contribuyó con un interesante aporte a las soluciones que reclama, al impacto que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones están provocando en el campo jurídico, debiendo destacarse el alto grado de coincidencia en las propuestas de los ponentes y la auténtica unanimidad que acompañó a las conclusiones.

Esto no implica cerrar un debate que, por las características de las modernas tecnologías, exige flexibilidad y predisposición para adaptar las reglas a los nuevos tiempos.

(20) Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un “requisito mínimo”) no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de “escrito firmado”, “original firmado” o “acto jurídico autenticado”.