

EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL DERECHO ARGENTINO Y COMPARADO

FORMATION OF CONSENT IN CONTRACTS CONCLUDED BY ELECTRONIC MEANS IN ARGENTINE AND COMPARATIVE LAW

Cognitio Juris

Ano III - Número 8 - Dezembro 2013

ISSN 2236-3009

Autor:

Mariano H. Novelli[1]

RESUMEN: El presente estudio analiza el moderno fenómeno del comercio electrónico, así como las modalidades de contratación y las particularidades de la formación del consentimiento, en la Argentina y el Derecho Comparado. En este sentido, examina los principios rectores del comercio electrónico y aborda la problemática de la formación del consentimiento, poniendo especial atención en temas como la oferta, la aceptación y las diversas teorías sobre el momento de perfeccionamiento.

Palabras clave: Comercio electrónico, contratación, formación del consentimiento, oferta, aceptación.

ABSTRACT: This study analyzes the modern phenomenon of electronic commerce as well as the contracting modalities and peculiarities of formation of consent in Argentina and Comparative Law. In this respect, the paper discusses the fundamental principles of electronic commerce and examines the problem of formation of consent, with particular

attention to issues such as offer, acceptance and the various theories about the moment of mutual assent.

Keywords: Electronic commerce, contracting, formation of consent, offer, acceptance.

Sumario: 1. La tecnología y su impacto en el Derecho. 2. Los principios rectores del comercio electrónico. 2.1. Equivalencia funcional y no discriminación entre soportes. 2.2. Inalterabilidad del Derecho preexistente de las obligaciones y contratos. 2.3. Neutralidad tecnológica. 2.4. Libertad de pacto. 2.5. Buena fe. 3. Los contratos electrónicos y los contratos informáticos. 4. Los contratos celebrados por medios electrónicos. 4.1. Clases. 4.1.1. Indirectos y directos. 4.1.2. B2B, B2C, C2C, B2G, G2C, G2G. 4.1.3. EDI e internet. 4.1.4. Totales y parciales. 4.1.5. On line y off line. 4.2. Formación del consentimiento. 4.2.1. Los contratos entre presentes y los contratos entre ausentes. 4.2.1.1. Posición de Davara Rodríguez. 4.2.1.2. Doctrina española. 4.2.1.3. La oferta. 4.2.1.4. La aceptación. 4.2.2. Teorías sobre el perfeccionamiento en los contratos entre ausentes. 4.2.2.1. Teoría de la declaración o manifestación. 4.2.2.2. Teoría de la expedición, comunicación o envío. 4.2.2.3. Teoría de la recepción. 4.2.2.4. Teoría de la información, conocimiento o cognición. 4.2.3. Balance en el Derecho Comparado. 4.2.4. Momento del perfeccionamiento contractual en el Derecho argentino. 4.2.5. Posible doble encuadramiento: entre presentes o entre ausentes. 4.2.5.1. Las consecuencias de ser un contrato entre presentes o entre ausentes. 4.2.5.1.1. Momento de celebración del contrato. 4.2.5.1.2. Lugar de celebración del contrato. 4.3. Propuestas de regulación en el Derecho Comparado. 4.3.1. Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico. 4.3.2. Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. 4.3.3. Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. 5. Conclusión.

1. La tecnología y su impacto en el Derecho

En el tiempo actual y desde hace ya varios lustros, al son de la globalización y de la

intensificación de las relaciones internacionales a todo nivel, se ha ido acelerando y profundizando el desarrollo tecnológico. En este contexto, uno de los despliegues de última generación y de mayor sofisticación lo constituyó la aparición de la computadora.

Este acontecimiento facilitó notablemente la acumulación, utilización, manejo y transmisión de la información, que a partir de ese momento pasó a constar en soportes electrónicos y, posteriormente, a circular velozmente por redes globales.

Este fenómeno, que año tras año se acelera a ritmo de plusmarca, no ha quedado restringido al mero ámbito social sino que lógicamente ha tenido sus repercusiones en el mundo jurídico. De hecho, se ha configurado una auténtica revolución, merced al surgimiento de múltiples lagunas en los ordenamientos normativos que debieron ir cubriéndose paulatinamente mediante nuevas soluciones. Como parte de este complejo proceso se inserta la temática del presente trabajo, que procura analizar el comercio electrónico, las modalidades de contratación y las particularidades de la formación del consentimiento en dicho marco, cuestiones todas que presentan en nuestra época una relevancia jurídica mayúscula.

2. Los principios rectores del comercio electrónico

Los diversos principios generales relativos al comercio electrónico resultan fundamentales para determinar los alcances de la contratación en tal ámbito. Surgen mayormente del análisis del articulado de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, aunque también existen otras legislaciones modernas que los consagran^[2].

2.1. Equivalencia funcional y no discriminación entre soportes

El Derecho del comercio electrónico reconoce la equivalencia funcional entre los actos jurídicos manifestados mediante soportes materiales y aquellos en los que la

información es creada, guardada o procesada en soportes electrónicos.

2.2. Inalterabilidad del Derecho preexistente de las obligaciones y contratos

Este principio tiende a evitar una modificación sustancial de las reglas del Derecho común que rigen las relaciones comerciales. El reconocimiento de la validez y eficacia de la información almacenada en soportes electrónicos no debe traducirse en una innecesaria duplicidad normativa.

2.3. Neutralidad tecnológica

Los ordenamientos normativos sobre la materia deben ser, en la medida de lo posible, neutrales para evitar su caída en la obsolescencia ante el avance imparable de la tecnología.

2.4. Libertad de pacto

La libertad contractual, como expresión esencial de la autonomía de la voluntad, constituye un principio de nuestro sistema jurídico que permitió el desarrollo del comercio electrónico.

2.5. Buena fe

Este principio debe primar en el marco del comercio electrónico debido a las situaciones de desequilibrio que genera el avance tecnológico, particularmente en los contratos celebrados entre empresas y consumidores.

3. Los contratos electrónicos y los contratos informáticos

Se denomina contrato electrónico a aquel que se celebra por medio del intercambio telemático de información entre personas, dando lugar a una relación consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido de bienes tangibles.

Esta modalidad abarca todas las fases del contrato, desde la oferta y la formación del consentimiento hasta la etapa de ejecución y cumplimiento de las prestaciones convenidas[3].

Es posible abordar esta especie de contratos desde dos perspectivas diferentes. En sentido estricto, son aquellos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. Frente a esta noción, existe una más amplia, de la cual participamos, que incluye dentro de la categoría a todos los celebrados por medios electrónicos aunque no sean ordenadores, tales como el fax y el teléfono[4]. A estos se agregan actualmente otros mecanismos de reciente desarrollo, por ejemplo los mensajes de texto y el chat.

Los contratos informáticos son aquellos “cuyo objeto viene constituido por un bien (cosa) y/o por un servicio informático”[5]. Son bienes informáticos los elementos materiales que componen el hardware, su unidad de procesamiento, los periféricos y todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales, que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático. A su vez, son servicios informáticos aquellos que sirven de apoyo: el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema. Estos contratos dan lugar a una rica tipología comercial en la que pueden distinguirse contratos de compraventa, alquiler, leasing, mantenimiento y otros[6].

Efectuada esta distinción entre contratos electrónicos y contratos informáticos, corresponde aclarar que el objeto de interés del presente trabajo está constituido por los primeros, ya que analizaremos las particularidades que reviste la contratación realizada a través de medios electrónicos.

4. Los contratos celebrados por medios electrónicos

4.1. Clases

4.1.1. Indirectos y directos

Los contratos electrónicos indirectos son los utilizados para la adquisición de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente usando canales tradicionales de distribución. En el caso de los directos, el pedido, el pago y el envío de los bienes intangibles y/o servicios se producen on line, como ocurre en las transacciones sobre software y música[7].

4.1.2. B2B, B2C, C2C, B2G, G2C, G2G

De acuerdo a los sujetos intervinientes, los contratos se pueden distinguir en:

Business to Business (B to B o B2B): son los celebrados entre empresas.

Business to Consumer (B to C o B2C): se dan entre empresas y consumidores. En esta clasificación se incluyen los llamados malls virtuales. Comprende tanto las empresas que ponen a la venta productos en la web de distintos comercios del mundo (por ejemplo, Amazon.com) como las tiendas de ropa, zapatos, libros o electrodomésticos que comercializan sus productos a través de páginas web (v. gr. Barnes & Noble).

Consumer to Consumer (C to C o C2C): son los celebrados entre consumidores que interactúan directamente entre sí. Tal es el caso de las páginas de subastas en línea (eBay.com, Mercadolibre.com) en las cuales los particulares ponen a la venta sus bienes y otros particulares los compran[8].

Business to Government (B to G o B2G): son los perfeccionados entre empresas y alguna dependencia del Estado.

Consumer to Government (C to G o C2G): relacionan a los consumidores con el Estado.

Government to Government (G to G o G2G): son los celebrados entre distintos organismos del Estado[9].

4.1.3. EDI e internet

Los contratos celebrados mediante el intercambio electrónico de datos (EDI) son aquellos en los cuales el acuerdo se alcanza a través de la comunicación de computadora a computadora. Generalmente están precedidos por un acuerdo de intercambio de datos en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones[10]. Asimismo, se los denomina como contratos celebrados en un entorno cerrado. Por el contrario, los que se perfeccionan en Internet son considerados como propios de las redes abiertas y se caracterizan porque permiten la comunicación interactiva entre interlocutores sin relación previa, creando herramientas que incrementan la productividad, mejoran la calidad y generan nuevos métodos para llegar al cliente[11].

4.1.4. Totales y parciales

Los contratos totales son aquellos en los cuales es electrónico tanto su nacimiento como el cumplimiento de las prestaciones debidas. En cambio, en los parciales el elemento electrónico se presenta sólo en el nacimiento o en la ejecución (v. gr., el consentimiento es electrónico pero las prestaciones se satisfacen materialmente)[12].

4.1.5. On line y off line

Los contratos celebrados on line son aquellos en los cuales el consentimiento se perfecciona en tiempo real. Por el contrario, son denominados off line si para su conclusión no existe una conexión instantánea[13].

4.2. Formación del consentimiento

4.2.1. Los contratos entre presentes y los contratos entre ausentes

La distinción efectuada entre contratos on line y off line tiene como fundamento un criterio temporal. Empero, esa clasificación desarrollada por la doctrina no cuenta en el Derecho argentino con recepción legislativa. Es así que de conformidad con el Código Civil vigente, los contratos celebrados por medios electrónicos deben encuadrarse en el esquema que diferencia entre contratos entre presentes y contratos entre ausentes, propio de la tradición decimonónica, que parecería a priori centrarse exclusivamente en la localización física de las partes del negocio.

No obstante, los especialistas consideran que dicho distingo puede interpretarse de conformidad con dos elementos: la distancia y el tiempo.

Así, para algunos, los contratos son entre ausentes cuando las partes se sitúan en lugares distintos, aunque estén en comunicación instantánea; para otros, el contrato es entre ausentes cuando media algún tiempo entre la oferta y la aceptación; finalmente, están quienes sostienen que las partes deben estar en lugares distintos y que debe mediar tiempo entre la oferta y la aceptación.

4.2.1.1. Posición de Davara Rodríguez

El profesor español Davara Rodríguez, uno de los principales expertos en la temática, ha sostenido que la formación de un contrato utilizando los medios de comunicación actuales, debe analizarse desde tres puntos de vista: el grado de inmediatez, la calidad del diálogo y la seguridad.

Desde el punto de vista de la inmediatez, afirma que es necesario hacer una diferencia entre la contratación realizada por teléfono o por teleconferencia, que es considerada -tanto por la doctrina como por el Tribunal Supremo Español- entre presentes, y las demás aceptaciones por medios electrónicos, fax o correo electrónico, que deben entenderse como efectuadas por correspondencia y a las que se aplican las normas de los contratos entre ausentes.

Desde el punto de vista de la calidad del diálogo, entiende que sólo el teléfono y la videoconferencia permiten un verdadero diálogo; considera que los otros modos de formación de voluntad por medios electrónicos deben interpretarse como “intercambio de información en un diálogo de diferente calidad”. También entonces, desde esta perspectiva, concibe a los contratos electrónicos como celebrados entre ausentes.

Finalmente, desde el punto de la seguridad, afirma igualmente que los contratos celebrados por medios electrónicos son entre ausentes, dado el riesgo de alteración de la voluntad manifestada, que es mayor que en los contratos entre presentes[14].

4.2.1.2. Doctrina española

En cambio, difieren con esta postura la mayoría de los autores españoles, que no efectúan distingo alguno, ya que casi unánimemente consideran a todos los contratos electrónicos como celebrados entre ausentes. Es decir, dejan de lado que el consentimiento se forme de manera instantánea o sucesiva, y atienden a la distancia real entre los sujetos.

4.2.1.3. La oferta

La oferta es una manifestación de voluntad unilateral, recepticia, dirigida a la formación del contrato, que debe cumplir ciertos requisitos. En primer lugar, debe ser seria, lo cual significa que debe emitirse con la auténtica voluntad de obligarse. Pero asimismo el artículo 1148 del Código Civil argentino establece que debe ser hecha “a persona o personas determinadas sobre un contrato en especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”, tanto sean éstos entre presentes o entre ausentes.

Este requisito de que la oferta deba dirigirse “a persona o personas determinadas” parecería constituir un escollo para las contrataciones electrónicas, ya que las ofertas por internet son evidentemente a personas indeterminadas.

Sin embargo, la doctrina moderna se ha inclinado por admitir la validez de las ofertas hechas

a personas indeterminadas, al público en general o a grupos de personas, cuando ellas reúnen los restantes requisitos de la oferta.

Esta es también la postura que expresamente adopta la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, la cual en su artículo 7 considera vinculante a la oferta “dirigida a consumidores potenciales indeterminados”[15]. La admisión por parte de la ley de esta clase de propuestas toma en cuenta la realidad económica actual, en la que la determinación de los sujetos ha perdido trascendencia. La ordenación de medios por el predisponente se orienta hacia un mercado en el cual los sujetos son fungibles y cuyo funcionamiento prescinde, por lo general, de calidades especiales en los contratantes. En este sentido, adquiere relevancia la emisión de ofertas a través de la utilización de medios electrónicos[16].

La Ley de Lealtad Comercial N° 22.802 también incluye algunas disposiciones[17] referentes a la prohibición de la identificación de mercaderías y la publicidad que pudieran inducir a error, engaño o confusión.

En relación a la caducidad de la oferta, el Código Civil regula dos supuestos: cuando alguna de las partes falleciera o cuando alguna de las partes perdiera su capacidad para contratar. En este aspecto, el artículo 1149 prevé la falta de vigencia de la oferta cuando los hechos enunciados acaecen para el ofertante antes de haber sabido de la aceptación y para el aceptante, antes de haber aceptado.

Las ofertas pueden también retractarse mientras no hayan sido aceptadas. Si sucediera que la retractación no se produce en las condiciones especificadas y ello quebranta el deber de buena fe, el oferente deberá reparar los daños y perjuicios que puedan ser atribuidos a su responsabilidad[18]. Sin embargo, existen dos excepciones que impiden la retractación: una de ellas es que el proponente hubiese renunciado a hacerlo y la otra es cuando hubiese prometido mantenerse en la oferta por un tiempo determinado[19].

Con respecto al rechazo de la oferta en los contratos de ejecución instantánea, el Código

establece que si aquélla fue hecha verbalmente, no se juzga aceptada si no lo es de inmediato; mientras que si fue efectuada por medio de un agente, se entiende que fue rechazada si éste vuelve sin la aceptación[20].

Por el contrario, en los supuestos de contratos entre ausentes, si no se establece un límite temporal o material, en principio debe ser mantenida sine die, funcionando como únicos límites la buena fe y los usos y costumbres[21].

4.2.1.4. La aceptación

La aceptación debe ser pura, simple y oportuna, sin que pueda modificar la oferta en ninguno de sus términos; de lo contrario, se trataría de una nueva oferta. La aceptación es una simple declaración unilateral de voluntad manifestando conformidad con la oferta, y la aceptación electrónica sólo presenta la diferencia de ser realizada por tal medio específico. La aceptación debe efectuarse mientras no se produzca la retractación o caducidad de la oferta[22].

En el Derecho argentino, la mayoría de los contratos se consideran perfeccionados por el consentimiento de las partes, es decir cuando se encuentran la oferta y la aceptación. En los contratos entre presentes, la formación del consentimiento debe hacerse con inmediatez dado que si el contrato no nace en ese momento, la oferta queda sin efecto.

Por su parte, resulta especialmente relevante determinar cuándo se considera aceptada la oferta en los contratos entre ausentes, ya que al perfeccionarse el contrato se establecen al mismo tiempo el lugar y el momento de celebración, con la influencia que ello puede tener sobre la jurisdicción y la ley aplicable.

4.2.2. Teorías sobre el perfeccionamiento en los contratos entre ausentes

En la doctrina y la legislación comparadas se han desarrollado cuatro sistemas para establecer el momento en que se perfeccionan los contratos entre ausentes.

4.2.2.1. Teoría de la declaración o manifestación

Según este sistema, el consentimiento se forma en el momento en que el aceptante exterioriza su voluntad, aunque la aceptación no haya sido remitida al oferente. Esta teoría fue defendida por Demolombe y Josserand, pero luego fue dejada de lado. Ha sido criticada porque parecería olvidar el carácter recepticio que tienen como declaraciones de voluntad tanto la oferta como la aceptación. La aceptación, para ser válida jurídicamente, debe dirigirse al proponente[23]. Además, este último se encontraría en una peligrosa situación de inseguridad, ignorante de la actitud de su contraparte, quien además podría volver su decisión atrás.

4.2.2.2. Teoría de la expedición, comunicación o envío

La teoría de la expedición afirma que el consentimiento se perfecciona cuando la aceptación es remitida al oferente. Esta doctrina soluciona el problema de la anterior, ya que exige que la manifestación de voluntad sea enviada al proponente, pero no exige su recepción por éste. Esta postura fue defendida por Aubry y Rau, y es la receptada por el Código Suizo de las Obligaciones y por el Código Libanés de las Obligaciones.

El punto de partida histórico de este criterio se encuentra en la idea de consenso formulada por Baldo, en cuya virtud el vínculo contractual surge por el encuentro simultáneo de las voluntades de las partes, a lo que se une la ficción según la cual la emisión de voluntad por carta o por mensajero equivale a la comunicación de presente, con la consecuencia incongruente de que, en caso de muerte, incapacidad o revocación del oferente, antes de recibir la aceptación, no hay contrato y el aceptante sólo tiene derecho a la indemnización de los gastos y daños anteriores a tener noticia de estos hechos.

En el siglo XIX, la regla de la emisión se consagró en el Derecho anglosajón a partir del discutido caso *Adams vs. Lindsell* de 1818, según el cual la exigencia de verificar la recepción o el conocimiento de la oferta y de la aceptación podría impedir la contratación por correo al

prolongarse hasta el infinito, de modo que el oferente debe quedar obligado por su oferta durante el trayecto de la carta del aceptante y, por tanto, el contrato se completa desde la aceptación de este último. Confirmada poco después, la mail-box rule pasó pronto a los Estados Unidos y se ha expandido a todo el ámbito dominado por el common law incluyendo Escocia, India y Sudáfrica[24].

Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires en setiembre del 2001, establecieron de lege lata que hay manifestación de voluntad por medios electrónicos, tanto en la oferta como en la aceptación, cuando el mensaje ha salido de la esfera de control del emisor, adoptando por ende la teoría del envío.

4.2.2.3. Teoría de la recepción

Esta teoría entiende que se perfecciona el consentimiento en el momento en que el oferente recibe, o tiene a su alcance recibir, la aceptación exteriorizada y enviada por su contraparte. Esta posición fue defendida por Planiol y Ripert y se destaca a su favor que el aceptante no tiene posibilidad de frustrar que el mensaje llegue al oferente.

Se pueden distinguir dos versiones de este sistema. Una se presenta en el caso de que el consentimiento se perfeccione por el mero hecho de la llegada de la aceptación a poder del oferente y la otra consiste en que este mismo hecho determina, no la inmediata perfección del consentimiento, sino la existencia de un conocimiento presunto de la aceptación por el oferente que no resulta vinculado si acredita un hecho impeditivo del conocimiento efectivo de la aceptación, siempre que no le sea atribuible.

Mientras que la primera versión de esta regla rige en los Códigos alemán y suizo, la segunda se ha establecido en los Códigos italiano y portugués[25].

4.2.2.4. Teoría de la información, conocimiento o cognición

Este sistema sostiene que el consentimiento se forma recién con el mutuo conocimiento de

las manifestaciones de voluntad y es una invención del neo-consensualismo decimonónico. Sus orígenes se remontan a Merlin de Douai, quien sostuvo que el consentimiento se forma sólo cuando el oferente recibe la aceptación y conoce el contenido de la misma. Aunque este criterio ha sido discutido por la doctrina francesa, fue acogido luego por el Código de Comercio italiano de 1882 (artículo 36) y por varios Códigos Civiles europeos, como el holandés (artículo 3.15), que lo atenuaron mediante la regla de la recepción. Esta idea parece haber influido en una conocida sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas de fecha 25 de febrero de 1867, en la que se puede haber inspirado Laurent, pues al comentar el artículo 1056 de su Anteproyecto, publicado posiblemente en 1885, descarta la concepción tradicional de la declaración o la emisión por falta de un verdadero concurso de voluntades, que sólo se produce, a su juicio, en el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente. De acuerdo con esta regla, se entiende hoy que el contrato se forma cuando el oferente puede conocer razonablemente la aceptación, lo que supone que ésta es de carácter recepticio[26].

4.2.3. Balance en el Derecho Comparado

En las legislaciones actuales se han dejado de lado las posturas extremas de la declaración y de la cognición, debido a que, al depender exclusivamente de la voluntad del aceptante o del oferente, encierran el peligro de la arbitrariedad y son inseguras. A estos problemas se adiciona la dificultad de probar la existencia o no de la declaración de voluntad del aceptante o, en su caso, del conocimiento de la aceptación por el oferente.

Por eso, en el Derecho Comparado predominan las soluciones intermedias de la expedición y de la recepción, que no admiten una fácil conciliación pues difieren en la asignación del riesgo inherente a la transmisión, en la posibilidad de revocación de la aceptación y, en último término, en el interés del contratante que cada regla pretende proteger. Así, pues, es claro que, mientras que el principio de la expedición protege el interés del aceptante, la regla de la recepción protege, en cambio, el interés del oferente, y tal es la

fractura casi insalvable que ofrece el Derecho que está hoy en vigor.

4.2.4. Momento de perfeccionamiento contractual en el Derecho argentino

Señala el artículo 1154 del Código Civil argentino que “la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”, con lo cual adopta la teoría de la expedición o envío. Existen, sin embargo, dos excepciones mediante las cuales acoge la teoría de la información, conocimiento o cognición. Una de ellas es la del artículo 1155, primera parte, que posibilita al destinatario de la oferta retractar su aceptación antes de que llegue a conocimiento del oferente; la otra está contenida en el artículo 1149, primera parte, que establece la caducidad por muerte o incapacidad en similares circunstancias.

4.2.5. Posible doble encuadramiento: entre presentes o entre ausentes

El Código Civil argentino recepta la distinción, que hemos analizado supra[27], entre contratos entre presentes y entre ausentes. Al respecto, señala que el consentimiento contractual “debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra” (artículo 1144), agregando que entre presentes el consentimiento puede manifestarse verbalmente, por escrito o por signos inequívocos –expreso– o resultará de hechos, o de actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo –tácito– (artículo 1145); mientras que entre “...personas ausentes el consentimiento puede manifestarse por medio de agentes o correspondencia epistolar” (artículo 1147).

En este sentido, la interpretación actual de tales disposiciones, ya consolidada en doctrina y a la que adherimos, considera que el factor decisivo a tener en cuenta es el tiempo que media entre oferta y aceptación. De modo que se regirán por las normas relativas a los contratos entre presentes aquellos celebrados on line, mientras que a los denominados off line se les aplicarán las disposiciones de los contratos entre ausentes. Este fue también el criterio adoptado por unanimidad en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que abordaron la cuestión.

4.2.5.1. Las consecuencias de ser un contrato entre presentes o entre ausentes

Las consecuencias de considerar a un contrato entre presentes o entre ausentes son determinantes y se verifican tanto en el momento como en el lugar de celebración.

4.2.5.1.1. Momento de celebración del contrato

Como habíamos adelantado, establece el Código Civil que en los contratos entre presentes la oferta sólo se considera aceptada si lo es inmediatamente (artículo 1149).

En cambio, a los contratos entre ausentes se les aplica la teoría de la expedición, por lo cual el contrato se perfecciona cuando la aceptación ha sido enviada al proponente (artículo 1154). Por supuesto, con las excepciones –en las que se aplica la regla del conocimiento– que ya hemos mencionado: a) el aceptante puede revocar la aceptación antes de que llegue a conocimiento del oferente (artículo 1155) y b) la oferta queda sin efecto si antes del conocimiento de la aceptación el oferente fallece o pierde su capacidad para contratar (artículo 1149).

En cuanto a las especificidades que tiene la aceptación efectuada por medios telemáticos, es necesario formular algunos comentarios.

La aceptación electrónica es habitualmente denominada con el término inglés “click-wrap”, ya que se concreta mediante la pulsación o “clickeo del mouse” de la computadora. Es así que la voluntad de contratar se manifiesta a través de gestos ya que las cláusulas escritas vienen sustituidas por conductas o actos de los contratantes que integran su voluntad negocial[28]. Así, por ejemplo, muchas veces al navegante de internet se le ofrece un cuadro de diálogo (dialogue box) con una lista de condiciones generales (terms and conditions) y dos leyendas, una para aceptar y otra para rechazar la oferta.

De esta forma, haciendo click con el mouse en “Aceptar”, se celebran diariamente millones de contratos, habiendo sido la jurisprudencia de los Estados Unidos pionera en reconocer la

conclusión de contratos mediante click-wrap. Pero ha fijado algunas pautas importantes:

1) el contrato sólo produce sus efectos si quien cliquea su aceptación ha tenido la oportunidad de examinar en la pantalla los términos contractuales y, pudiendo haberse rehusado a admitirlos, los ha aceptado mediante ese procedimiento (Compuserve Inc. v. Patterson, Richard S., Court Appeal 6th Circ., 22/07/1996);

2) en cambio, no hay contrato formado cuando sólo se ha dado acceso en pantalla a ciertos aspectos generales del contrato, sin aclararse que al cliquear el botón “Aceptar” se admitían además otras condiciones; y menos aún cuando sólo se ha puesto en pantalla la leyenda “el uso significa aceptación de las condiciones del servicio”, sin que el navegante haya tenido oportunidad de examinarlas previamente (Ticketmaster Co. et al v. Tickets Com. Inc., Trib. Fed. California, 27/03/2000).

4.2.5.1.2. Lugar de celebración del contrato

En el Derecho argentino, el lugar de celebración es donde se emite la aceptación. De modo tal que si el contrato fuera celebrado mediante internet por personas ubicadas ambas en el territorio del país, no se plantearía dificultad alguna.

Pero si los sujetos se encontraran en distintos Estados, sería necesario recurrir a otras normas. Así, el Código Civil, en su artículo 1180, establece que “la forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido”; mientras que para los contratos entre ausentes “...si fueran hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato” (artículo 1181).

Por otra parte, según el artículo 1209 del Código Civil los contratos que deban ser ejecutados

en el territorio argentino se rigen en cuanto a la validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República. Mientras que el artículo 1210 establece que los contratos celebrados en el país que deban ser cumplidos fuera de él, serán juzgados, en cuanto a la validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos. En ambos casos, pues, se establece el principio del cumplimiento del contrato.

En caso de que el contrato fuera entre ausentes sin que se establezca el lugar de cumplimiento, será juzgado para cada una de las partes por las leyes de su domicilio (artículo 1214). Estas son las soluciones según el derecho interno.

En cambio, para los Tratados de Montevideo el principio es que rige la ley del lugar de ejecución. A tal fin, se entiende como lugar de ejecución el de la “prestación característica”. Si no puede establecerse el lugar de la ejecución, se diferencia entre contratos entre presentes –a los que se le aplica la ley del lugar de la celebración– y entre ausentes –a los que se le aplica la ley del lugar de donde partió la oferta aceptada–.

4.3. Propuestas de regulación en el Derecho Comparado

En este punto desarrollaremos tres modelos normativos diferentes con relación a la contratación electrónica, de los cuales uno es una propuesta de cláusulas para que las partes incorporen en sus contratos, otro es un proyecto de convención internacional sobre la materia, y el tercero es el actualmente vigente en España, que es uno de los países que con mayor detalle ha regulado la temática. Nos referimos a las Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico de la Cámara de Comercio Internacional, al Proyecto de Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de la UNCITRAL y a la Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

4.3.1. Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico

La Cámara de Comercio Internacional (CCI, o ICC en sus siglas en inglés) con sede en París, aprobó en el año 2004 las Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico (ICC eTerms 2004), así como una Guía para la contratación electrónica (ICC Guide to eContracting).

Se ofrecen dos cláusulas contractuales modelo. La primera de ellas concede plena validez a los mensajes electrónicos para generar derechos y obligaciones entre las partes, y también para servir como prueba, mientras que la segunda define los momentos de envío y recepción, como explicaremos más adelante al tratar el Proyecto de Convención de la UNCITRAL. En definitiva, las Cláusulas de la CCI procuran facilitar la negociación electrónica del contrato, así como dotarlo de mayor seguridad jurídica.

Las cláusulas están pensadas para la contratación electrónica entre comerciantes, sin que se hayan concebido para negociar con consumidores. Se ofrece asimismo una exhaustiva guía complementaria a los ICC eTerms, en la que se explica cómo procede aplicar en cada contrato las cláusulas.

4.3.2. Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

Por su parte, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) aprobó un proyecto de Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, durante su 38º período de sesiones que tuvo lugar en Viena del 4 al 15 de julio de 2005.

La Convención proyectada incluye aquellas cuestiones consideradas trascendentes, habiendo sido tomadas muchas de sus disposiciones de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996. Otras de sus normas traslucen principios o reglas generales de la contratación que reciben inspiración directa de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, lo cual resulta lógico porque éste es un texto que establece normas de teoría general de los contratos.

La Convención, que se aplica a los “mensajes de datos”, define a éstos como toda información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como por ejemplo, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Rige la Convención para los mensajes intercambiados entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes, aun cuando uno de esos Estados no sea contratante, en la medida en que la Ley de un Estado contratante fuese la aplicable.

El artículo 10 del proyecto de Convención, siguiendo la cláusula 2 de los ICC eTerms 2004, especifica el momento y lugar en que los mensajes electrónicos se entienden como enviados o recibidos.

La definición de envío escogida en la Convención, entendido como “el momento en que una comunicación electrónica sale de un sistema de información que está bajo el control del iniciador, distinto del momento en que entra en otro sistema de información”, fue elegida para reflejar de forma más inmediata la noción de “envío” en un entorno no electrónico.

En cuanto a la recepción, indica la Convención que la comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. Utiliza la expresión “recuperar el mensaje” queriendo significar que el destinatario tiene posibilidad de acceder libremente al mismo.

Los criterios de emisión y recepción tanto del proyecto de Convención como de los eTerms 2004 sólo tienen como objetivo especificar dichos momentos en un entorno electrónico, sin fijar el criterio determinante para la perfección del contrato.

Una disposición fundamental en materia de formación del contrato es la del artículo 12 de la Convención, donde se indica que: “no se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una

persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos”.

4.3.3. Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

En España se aprobó el 27 de junio de 2002 la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que receptó la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 8 de junio de 2000.

Dicha ley se aplica a todas las actividades que se realicen por medios electrónicos y redes interactivas y que tengan carácter comercial o persigan un fin económico, y establece la eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarando que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes. Igualmente, asegura la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de “forma escrita” que figura en diversas leyes.

La ley realiza un esfuerzo por proteger a los consumidores, mucho más vulnerables en este ámbito virtual que en cualquier otro donde pudieran moverse. Abarca los “servicios de la sociedad de la información”, noción más amplia que “comercio electrónico”, ya que tales servicios incluyen los ofrecidos por operadores de telecomunicaciones, proveedores de internet, portales y motores de búsqueda, con tal que representen una actividad económica para el prestador. La definición de los “servicios de la sociedad de la información” abarca “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, mientras que la ley española limita el concepto de “comercio electrónico” al “intercambio de prestaciones de tipo contractual y de carácter oneroso en todo caso”.

Específicamente al tratar el “contrato electrónico”, lo define como aquel “en el que la oferta

y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”. La ley expresa que los contratos electrónicos se regirán por el Código Civil y el de Comercio y por las demás normas civiles y mercantiles, así como por las normas de protección de los consumidores y usuarios. De modo tal que no viene a agregar una nueva forma contractual a las formas oral y escrita, sino que tan sólo regula un nuevo “medio técnico”.

En cuanto al lugar de celebración, la ley reformó para el caso de contratos electrónicos los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, distinguiendo según sea parte en él un consumidor o no. Si interviene un consumidor, entonces el contrato se considerará celebrado en el lugar donde éste tenga su residencia habitual. Mientras que si ha sido celebrado entre empresarios o profesionales, en defecto de acuerdo de partes, el contrato se presumirá celebrado en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios (artículo 29).

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

5. Conclusiones

En el presente estudio hemos procurado resaltar el profundo cambio que, en materia de celebración de contratos, implica la incorporación del elemento electrónico.

Modificaciones hondas que se verifican fundamentalmente en las instancias próximas a la formación del consentimiento y cuyo encuadre, en el actual Código Civil

argentino, resulta producto de una interpretación doctrinaria que –evolutiva ella– ajusta la antigua división de “contratos entre presentes” y “contratos entre ausentes” a los tiempos que corren, dando preeminencia al intercambio inmediato de las manifestaciones de voluntad antes que a la localización espacial de las partes.

Por otra parte, las variantes que ofrece el Derecho Comparado en cuanto a las teorías relativas al perfeccionamiento contractual exponen la carencia de una solución única, no obstante lo cual a nuestro criterio corresponde inclinarse a favor de las tesis intermedias.

Resulta evidente que la problemática de la contratación por medios electrónicos presenta innumerables matices. Y ello exige que el Derecho se vaya ajustando prontamente a los nuevos avances, para brindar respuestas eficaces que agilicen y simplifiquen el tráfico negocial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO CONDE, Ana Belén, Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual, Dykinson - Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.

ALTERINI, Atilio A., Contratos civiles, comerciales y de consumo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

ANDINO DORATO, Jimena, “El consentimiento en los contratos informáticos”, en AMEAL, Oscar J. (dir.) y TANZI, Silvia (coord.), Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 533 y ss.

BETTONI TRAUBE, Alejandro, Las anotaciones electrónicas en cuenta y el Derecho del Comercio Electrónico en Costa Rica, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2005.

BOLOTNIKOFF, Pablo, Informática y responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 2004.

CHRISTIANOS, Vassili, “Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs”, Recueil Dalloz, Sirey, París, 1993, pp. 28 y ss.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, Derecho Informático, Aranzadi, Pamplona, 1993.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria, El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a servicios financieros, La Ley, Madrid, 2009.

GHERSI, Carlos Alberto, Contratos civiles y comerciales, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.

GUIBOURG, Ricardo y ALENDE, Jorge, Manual de Informática Jurídica. Impacto de la Informática en el Derecho, Astrea, Buenos Aires, 1996.

HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., “Comentario a los arts. 5 y 6”, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pp. 73 y ss.

LORENZETTI, Ricardo, Comercio electrónico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

MÁRQUEZ, José Fernando, “Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje”, Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2002, t. VII, pp. 63 y ss.

MÁRQUEZ, José Fernando y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 4, en

http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcontratacionelectronica/at_download/file

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva M., “Contratación entre personas no presentes al amparo de la Ley de Servicios de la sociedad de la información Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), Estudios de Derecho de las Obligaciones. Homenaje al

profesor Mariano Alonso Pérez, La Ley, Madrid, 2006, t. II, p. 305 y ss.

MAYORGA ANGULO, Natalia y ULLOA MONTOYA, Rebeca, Protección al consumidor final costarricense en caso de incumplimiento en la compraventa por Internet, Universidad de Costa Rica, San José, 2011.

PÉREZ LUGNO, Antonio Enrique, Manual de Informática y Derecho, Ariel, Barcelona, 1996.

PIAGGI, Ana I., “El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios”, en ALTERINI, Atilio Aníbal, DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (dir.), Contratación contemporánea, Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2001, t. 2, pp. 65 y ss.

PIAGGI, Ana I., “Reflexiones sobre la contratación electrónica”, La Ley, t. 1999-A, pp. 750 y ss.

RODRÍGUEZ DE CASTRO, Eduardo, “Contratación informática”, Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Nos 19-22, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida, 1998, pp. 345 y ss.

SCHNEIDER, Gary P., Comercio electrónico, 3ª ed., Thomson, México D.F., 2004.

TORRES ÁLVAREZ, Hernán, El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual”, en AA.VV., Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2003, t. II, pp. 3211 y ss. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La obligación de seguridad”, La Ley. Suplemento Especial Obligación de Seguridad, 13/09/2005, pp. 1263 y ss.

[1] Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana (Argentina). Coordinador de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Becario Fulbright del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Prosecretario del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario. Premios “Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe” y “Corte Suprema de Justicia de la Nación”. E-mail: mnovelli@unr.edu.ar

[2] En este aspecto, seguimos el criterio adoptado por BETTONI TRAUBE, Alejandro, *Las anotaciones electrónicas en cuenta y el Derecho del Comercio Electrónico en Costa Rica*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2005, pp. 126 y ss.

[3] LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 79.

[4] MÁRQUEZ, José Fernando y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 4, en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcontratacionelectronica/at_download/file

[5] RODRÍGUEZ DE CASTRO, Eduardo, “Contratación informática”, *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N^{os} 19-22, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Mérida, 1998, pp. 345 y ss.

[6] PÉREZ LUGNO, Antonio Enrique, *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 113.

[7] PIAGGI, Ana I., “El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios”, en ALTERINI, Atilio Aníbal, DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (dir.), *Contratación contemporánea*, Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2001, t. 2, p. 68, nota 2.

- [8] MAYORGA ANGULO, Natalia y ULLOA MONTOYA, Rebeca, *Protección al consumidor final costarricense en caso de incumplimiento en la compraventa por Internet*, Universidad de Costa Rica, San José, 2011, pp. 11 y ss.
- [9] Seguimos en este punto el desarrollo formulado por BOLOTNIKOFF, Pablo, *Informática y responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 293 y s.
- [10] MÁRQUEZ, José Fernando, “Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje”, *Anuario de Derecho Civil*, Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2002, t. VII, p. 71.
- [11] PIAGGI, Ana I., “Reflexiones sobre la contratación electrónica”, *La Ley*, t. 1999-A, p. 751.
- [12] LORENZETTI, op. cit., pp. 83 y s.
- [13] El criterio expuesto fue adoptado por la Comisión N° 3 “Contratos: el consentimiento y los medios informáticos”, de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires del 20 al 22 de septiembre de 2001.
- [14] DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 184.
- [15] El art. 7 establece que “la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley”.
- [16] ARIZA, Ariel, “Formación del consentimiento en el contrato de consumo”, en NICOLAU,

Noemí L., ARIZA, Ariel C., FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., *Fundamentos de Derecho Contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 459.

[17] Específicamente, el artículo 5° dispone: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción”. Asimismo, el artículo 9° reza: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

[18] GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 182.

[19] Artículo 1150 del Código Civil.

[20] Artículo 1151 del Código Civil.

[21] ANDINO DORATO, Jimena, “El consentimiento en los contratos informáticos”, en AMEAL, Oscar J. (dir.) y TANZI, Silvia (coord.), *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 536.

[22] LORENZETTI, op. cit., p. 89.

[23] MARTÍNEZ GALLO, Eva M., “Contratación entre personas no presentes al amparo de la Ley de Servicios de la sociedad de la información Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de Derecho de las Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, t. II, p. 314.

[24] VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, t. II, pp. 3214 y s.

[25] En efecto, según el primero de estos Códigos, una oferta hecha a una persona que no esté presente puede aceptarse hasta el momento en que el oferente pueda esperar recibir una respuesta en circunstancias normales (parágrafo 147.2, BGB), lo que se debe a que la declaración de voluntad que se exija hacer a otro si se realiza en su ausencia, se hace efectiva en el momento en que llega al oferente, si bien deviene ineficaz si su revocación le llega de manera previa o simultánea (parágrafo 130.1, BGB). Por tanto, recibida la aceptación por el oferente, queda vinculado aunque no la conozca. Asimismo, el Código suizo establece que el oferente está vinculado hasta el momento en que pueda esperar la llegada de una respuesta expedida en tiempo y forma; si la recibe tarde y quiere desvincularse, debe informar de inmediato al aceptante (artículo 5.1 y 3). Con todo, el contrato celebrado entre ausentes despliega sus efectos desde el momento en que expide la aceptación (artículo 10.1). Nótese que se trata de un sistema mixto, es decir un sistema que combine los criterios de la recepción y de la expedición, sino que el consentimiento se perfecciona exclusivamente por la llegada de la aceptación al oferente, sólo que tiene una eficacia retroactiva al momento de la expedición, y por eso este Código consagra, en realidad, la primera versión de la regla en cuestión, ya que el consentimiento queda perfeccionado por la recepción de la aceptación, aunque el oferente no conozca el contenido de la misma. En cambio, en el Código italiano se establece con claridad la segunda versión de esta regla, esto es, la del conocimiento presunto del oferente a partir del momento en que recibe la aceptación. De acuerdo con dicho texto legal, el contrato se perfecciona en el momento en que quien ha hecho la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte (artículo 1326.1), conocimiento que se presume desde el momento en que la aceptación o su revocación llegan a la dirección del oferente, si éste no prueba que, sin culpa suya, no ha podido tener noticia de las mismas (artículo 1335). Una regla semejante consagra también el Código portugués,

aunque en términos menos explícitos, puesto que la declaración negocial que tenga un destinatario determinado resulta eficaz tan pronto como llega a su poder o es conocida por él (artículo 224.1), declaración que es igualmente eficaz cuando, por culpa exclusiva del destinatario, no haya sido oportunamente recibida, pero es ineficaz si llega en condiciones tales que, sin culpa suya, no pueda ser conocida por el mismo (artículo 224.2). En suma, el consentimiento se perfecciona aquí por el conocimiento de la aceptación, e igual que en el caso anterior, tal conocimiento se presume desde el momento en que esta última es recibida correctamente por el oferente (cf. VATTIER FUENZALIDA, op. cit., p. 3218).

[26] VATTIER FUENZALIDA, op. cit., p. 3215.

[27] En el punto 4.2.1.

[28] FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria, *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores. Especial referencia a la relativa a servicios financieros*, La Ley, Madrid, 2009, p. 35.