

Comercio electrónico: Garantías en esta forma de contratación*

Por Flora M. Katz

1. Introducción

En la figura tradicional y esquema clásico de negociación y celebración del contrato se plantean y se ponen sobre la mesa de discusión las posiciones e intereses; en esta contratación hay dos o más personas, frente a frente, cara a cara, discutiendo al mismo tiempo la formación sucesiva o progresiva del contrato, las particularidades del acuerdo y sus detalles, se regatea hasta que se llega a ajustar sus términos, dejando finalmente que la ley haga lo demás.

En los últimos diez años y como consecuencia de los cambios tecnológicos han surgido otras formas de contratar, otras estructuras o formas contractuales que no concuerdan con los contratos típicos que conocemos, formas contractuales no clarificadas aun por la ciencia jurídica dentro de las cuales una de ellas es la contratación por medios electrónicos. Todo esto es consecuencia de que estamos pasando de una economía industrial, en la que las máquinas dominaban la producción, a una economía basada en la información, en la cual el contenido intelectual es la fuente dominante del valor agregado.

El comercio electrónico trata aspectos económicos y sociales, aspectos que son imposibles de ignorar, como así también la revolución problemática y trascendente que esta forma de contratación está aparejando en el mundo actual, observándose que “los cauces e instrumentos del derecho tradicional, pensados en función de la ideal y casi romántica bilateralidad chirrían y la máquina no funciona”¹.

Es evidente que dentro de la concepción clásica del contrato el comercio electrónico no tiene cabida. Hay autores que consideran que los contratos de condiciones predispuestas son “contratos mecánicos”, atento a lo cual podríamos, haciendo un desplazamiento analógico decir, que el comercio electrónico participa de esta denominación, modalidad contractual que participa de un cierto automatismo contractual.

En el comercio electrónico hay un sistema de sobreentendidos donde el comprador y vendedor, quienes no se encuentran frente a frente, son seres anónimos, piezas oscuras e impotentes, en que la computadora ha pasado a ser una prótesis de sus cuerpos.

Saleilles premonitoriamente consideraba que tarde o temprano sería necesario que el derecho se inclinara ante los matices y las divergencias que las relaciones sociales hacían surgir, observándose que actualmente hay contratos que sólo tienen de su categoría el nombre, y cuya construcción jurídica aun no está lograda.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 3, 4 y 9.

La globalización, razones económicas y el estallido incontrolable de las comunicaciones, provocó lo que hoy es la “sociedad de la información”, generando cambios estructurales en la comercialización de bienes y servicios. Estamos viviendo ante otro sistema de tráfico y esta realidad nos plantea la necesidad de asegurar esta forma de contratar, y cuales serían los medios de garantizarla en resguardo de la seguridad y la buena fe comercial.

2. Modalidades del comercio electrónico

El comercio electrónico en sentido estricto, es el comercio cuyo proceso se realiza en forma totalmente electrónica, modalidad empresarial que requiere una infraestructura específica.

Las compras por Internet y a través de sitios de compra o de subastas han pasado a ser un hecho común de nuestros días y nombres como eBay, Amazon en Estados Unidos o Yenny y Mercado Libre en Argentina como medio de intercambio de bienes y servicios han pasado a ser nombres habituales y de uso corriente.

En el comercio electrónico el consumidor no tiene posibilidad de apreciar previamente la calidad de los productos o servicios, ya que dar a conocer las características de los mismos *on line* es difícil, y además no es posible muchas veces distinguir una marca de otra, a pesar de lo cual esta forma negocial avanza permanentemente.

Las formas de comercio electrónico pueden ser B2B (*business to business*) empresa con empresa, B2C (*business to consumer*) empresa con consumidor o C2C (*consumer to consumer*) consumidor con consumidor.

En las transacciones B2B la empresa vendedora y compradora, en general, se han conocido previamente y están vinculadas en regulares operaciones *on line*. Las empresas pueden actuar como usuarias compradoras o vendedoras, o como proveedoras de herramientas, de servicios de soporte para el comercio electrónico, instituciones financieras o proveedoras de servicios de Internet.

En las operaciones B2C las partes no se conocen y el consumidor tiene dudas sobre la calidad del producto y sobre la legitimidad y seriedad de las empresas, las empresas venden sus productos y prestan sus servicios a través de la Web para clientes que los utilizarán para uso particular.

En las operaciones C2C, los consumidores realizan operaciones entre sí, son las operaciones de remate en línea y las que más garantías necesitan.

En las operaciones C2A, consumidor con administración, los ciudadanos pueden interactuar con las administraciones tributarias, a efectos de realizar las presentaciones de las declaraciones juradas o el pago de tributos y obtener además asistencia informativa.

En las operaciones B2A, es decir empresa con administración, las administraciones públicas actúan como agentes reguladores, pasando a ser motores del comercio electrónico y usuarias del mismo.

Habrá comercio electrónico cuando se realiza a través de Internet estrategias de pre-venta, venta y post venta. Un sitio de pre-venta es un sitio que sirve para difundir un producto o servicios y cuyo objeto es facilitar la realización de una venta,

estos sitios están complementados con información institucional para conocer sus productos o servicios; esta modalidad ayuda a definir una venta. El cliente potencial puede realizar consultas específicas que no pueden ser contestados por el sitio a las direcciones de *e-mail*, que es lo más corriente, por fax o por teléfono.

Internet permite a los clientes ser consumidores activos, si bien esta modalidad no es fácil ya que los consumidores no quieren perder el contacto cara a cara.

Los pagos de las compras realizadas por Internet pueden realizarse con tarjeta de crédito (el más usado), giro bancario, depósito en cuenta, cheques, cheque postal contrareembolso. El cobro puede efectivizarse cuando se entrega el producto o se presta el servicio.

Actualmente hay empresas y profesionales que venden sus servicios por valores muy competitivos a otros países, las modalidades de esta forma de venta pueden ser que: a) el consumidor se traslade al país del productor; b) el servicio se traslade al país del consumidor; c) la información se envíe al país del consumidor; d) el productor se traslade al país del consumidor, y e) la mercadería se traslade al país del consumidor. Entre los servicios más comunes que participan en esta forma de comercialización están las traducciones, programación, diseño gráfico, redacción y ediciones periodísticas. El asesoramiento comercial por Internet es un medio excelente para brindar servicios a los clientes miembros de la industria y a los clientes potenciales.

Otro aspecto interesante que ofrece Internet son los sitios de post venta, los que permiten lograr clientes satisfechos y fieles, asegurándoles un espacio para reclamos y solución de conflictos por medio de mediación por Internet. En Estados Unidos de América la empresa Squartrade ofrece este servicio lo que le da al cliente garantías de buen servicio.

3. Momento de aceptación del contrato “on line”

Cuando se concreta el contrato celebrado por Internet, ¿cuándo es aceptado? ¿Una computadora puede celebrar contratos? Hay computadoras que programan y expresan ofertas, las reciben y emiten aceptación. En el comercio electrónico existe un intercambio de mensajes electrónicos automáticos que pueden considerarse documentos, con o sin firma digital.

Frente a esta realidad el comercio electrónico nos plantea serios interrogantes, sobre todo cuando la declaración de voluntad es emitida por una computadora. Después de variados intentos para determinar el momento de conclusión del contrato celebrado *on line*, algunas legislaciones resolvieron aplicar las normas de derecho internacional privado, en cuyo caso se aplicaría la ley del país de origen de tales servicios, en defecto de libre acuerdo entre partes que no sean consumidores.

Dentro de la Comunidad Europea se trató de armonizar el momento de la conclusión del contrato realizado por medios electrónicos; en un primer momento se consideró concluido cuando el receptor confirmaba la recepción del acuse de recibo, en este caso es necesario que el receptor reafirme su deseo de concluir el contrato, esto fue simplificado por la enmienda 42 del Parlamento que estableció que se consideraba concluido el contrato cuando el prestador del servicio envía el acuse de

recibo de la aceptación del receptor después de haber cumplido los siguientes pasos: 1) ofertar por el sitio de la Web; 2) completar el formulario y al hacer clic en aceptar la compra, el contrato es aceptado, y finalmente 3) enviar un *e-mail* por el prestador del servicio a modo de acuse de recibo; propuestas que no fueron aprobadas. Hay que considerar que si es necesario muchos procesos para la conclusión de una transacción, el costo de mantenimiento a fin de obtener un nivel óptimo de respuesta será mayor, costos que se tratan de rebajar.

En materia de obligaciones contractuales son de aplicación las normas de derecho internacional privado, en cuyo caso se aplica primero la ley del país de origen de tales servicios, en defecto de libre acuerdo entre partes que no sean consumidores.

4. Seguridad del comercio electrónico

Para que el comercio electrónico se desarrolle es necesario generar confianza entre empresas y consumidores, pues Internet es una red abierta y esto genera inseguridad.

La confianza le permitirá al adquirente sentirse seguro en la presencia de vendedor, aceptando que la distancia y la modalidad de compra no violará los intereses y las necesidades básicas para asegurar el bienestar del comprador. El resultado positivo de una negociación aumenta de acuerdo al nivel de confianza que se establezca entre las partes.

Los usuarios se preguntan ante la compra a realizar si el vendedor es confiable, si podrá devolver el producto si no les gusta o si no es lo que imaginaban, y cual es el documento válido de su pago. Para promover toda esta confianza es necesario que los usuarios consideren al comercio electrónico suficientemente seguro, que las empresas vendedoras inspiren confianza y que existan normas que: *a)* limiten la responsabilidad del usuario en caso de uso indebido; *b)* les den derecho a devolver el producto comprado electrónicamente, y *c)* les informen sobre los códigos de comportamiento de las empresas y procedimientos ágiles de resolución de conflictos.

Para que una comunicación a través de Internet (u otra red) sea segura son condiciones básicas que la comunicación sea: *a)* confidencial, a fin de evitar que un tercero acceda a la información enviada; *b)* íntegra, a fin de evitar que durante ni después que se haya realizado la transacción, un tercero pueda modificar la información enviada sin que el destinatario lo advierta y que pueda ser reconstruida frente a terceros en el caso de conflicto; *c)* auténtica, es decir que asegure a cada lado de la comunicación que el otro es realmente quien dice ser y que la comunicación sea irrefutable, es decir que todas las partes sean identificadas y autenticadas; *d)* no repudiable, es decir que una vez finalizada la transacción, ninguna de las partes pueda negar haber intervenido en ella; *e)* un referente temporal, el documento debe ir fechado de modo fehaciente y seguro, y *f)* una prueba de que del otro lado se ha enviado la comunicación, en ese caso el remitente no puede negar haber enviado el mensaje a ese destino y el destinatario no puede negar haberlo enviado.

Las herramientas básicas para cumplir con estas condiciones son las técnicas criptográficas, en particular los mensajes cifrados, simétricos (usando la misma clave

para cifrar y descifrar) o asimétricos (cada parte tiene una clave pública y una privada). Para evitar el cambio de identidades es necesario contar con una tercera parte confiable que acredite de forma fehaciente cual es la clave pública de cada persona o entidad. Esta es la función básica de la entidad certificante, y un certificado emitido por ésta, contiene la identidad del usuario, su clave pública y período de validez, todo ello firmado digitalmente con la clave privada certificada por la autoridad certificante, a fin de que no pueda ser falsificada.

Se aplica al comercio electrónico todas las normas en materia de protección del derecho del consumidor, si bien estableciendo algunas especificaciones. Son aplicables a esta forma de comercio las normas de las ventas a distancia, la actividad publicitaria y las que contemplen la publicidad y promoción de determinados productos y servicios, como así también normas sobre regulación de importaciones, producción, transformación almacenamiento, transporte, distribución y uso de los bienes y servicios existentes, considerando las limitaciones y condiciones de venta de ciertos productos o la necesidad de autorizaciones o registros.

Se debe poner a disposición del cliente potencial de productos y servicios ofrecidos, una información, veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, es el derecho a la información que tiene el futuro consumidor por red y la obligación del ofertante.

El contrato que se suscribe *on line* deberá ajustarse a una determinada normativa para garantizar el equilibrio de las contraprestaciones de las partes, por lo cual no deberán contener cláusulas abusivas y cumplir las exigencias normativas contempladas en la contratación a distancia.

Los productos que se ofrezcan deberán contar con garantías exigibles, contando además con procedimientos de reclamación eficaces, que permitan la renuncia o devolución de los productos. En Estados Unidos, empresas que se manejan con comercio electrónico ofrecen a los compradores y en el caso de que surja un conflicto, la posibilidad de recurrir a mediación, servicio que ofrecen para dar seguridad jurídica a la contratación, aunque el cliente no la use le otorga honestidad, confianza y valor a la transacción.

5. Derecho comunitario

La Comunidad Europea obliga a los Estados miembros a: a) eliminar las barreras formales para la conclusión de los contratos electrónicos a fin de mejorar la certeza legal de las transacciones por vía electrónica; b) eliminar las disposiciones que prohíban o limiten la utilización de las vías electrónicas, y c) no otorgar al contrato celebrado por vía electrónica un efecto jurídico escaso, lo que favorecería la utilización de contratos en soporte papel.

La Comunidad Europea ha excluido de esta normativa a: a) los contratos de creación o transferencia en materia inmobiliaria con excepción de los contratos de locación o arrendamientos; b) los contratos que requieran por ley la intervención de autoridades judiciales, públicas o profesionales que ejerzan una función pública (notarios); c) contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas

que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión, y d) contratos en materia de derecho de familia o sucesiones.

En los contratos con el consumidor el prestador de servicios debe facilitar al consumidor (a fin de que la contratación sea segura) información: a) que sea clara, comprensible e inequívoca antes de que el futuro adquirente concrete su compra; b) sobre los pasos técnicos para celebrar el contrato; c) sobre la posibilidad de que el adquirente exprese su voluntad de registrar o no el contrato a celebrarse y si este va a ser accesible (protección de datos personales); d) sobre las formas o medios técnicos para identificar y corregir los posibles errores de identificación de introducción de datos antes de efectuar el pedido; e) sobre los idiomas ofrecidos para la celebración del contrato; f) sobre los códigos de conducta y su facilitación para consulta, y g) sobre la disponibilidad para almacenar y reproducir las condiciones generales de los contratos. Todas estas condiciones y exigencias son perfectamente aplicables al comercio electrónico.

6. Derecho y realidad argentina en materia de comercio electrónico

La Argentina no cuenta aun con legislación que regule el comercio electrónico. Las II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, Bs. As., 1986) declararon que “Ante la relación negocial que se establezca entre ordenadores dotados de sistemas expertos, y la posibilidad de que ellas surja una convención, debe analizarse si, para considerar que se ha configurado un contrato, es necesaria una reforma legislativa que contemple expresamente esta hipótesis, o si basta al respecto lo dispuesto por las actuales normas de derecho común”.

En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987, se afirmó que: “1) el Código Civil vigente admite la categoría de instrumentos públicos y particulares. Los instrumentos particulares firmados son instrumentos privados; 2) los instrumentos particulares pueden tener cualquier tipo de soporte, no siendo indispensable que la manifestación de voluntad se exprese por escrito (art. 917, Cód. Civil); 3) los instrumentos particulares son aptos para realizar actos jurídicos con otra forma impuesta”.

El art. 263 del Proyecto de Código Civil de 1998 establece que: “La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos particulares firmados o no firmados, salvo los casos en que determinada forma de instrumento sea exclusivamente impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su contenido pueda ser representado como texto inteligible aunque para su lectura se requiera la intervención de medios técnicos” y el art. 264 dispone: “Son instrumentos particulares, si no están firmados los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra e información, y en general todo escrito no firmado”. En este anteproyecto no se trató específicamente el comercio electrónico y su regulación.

A la contratación realizada por medios electrónicos podría aplicarse lo establecido entre personas ausentes, específicamente el realizado por correspondencia epistolar, si bien esta alternativa no responde a la realidad por la inexistencia del soporte papel, sino también por el elemento tiempo necesario en los contratos entre ausentes que toma días o más para llegar a destino.

En los considerandos del anteproyecto de la ley de formato digital de los actos jurídicos y comercio electrónico elaborado por la Subsecretaría de Relaciones Institucionales de la Jefatura del Gabinete de Ministros se estableció que desde 1997 en que el Estado de Utah, Estados Unidos reguló el comercio electrónico a través de “Digital Signature Act”, todos los países industrializados han elaborado proyectos y políticas destinadas a participar de la “sociedad de la información”, habiendo llegado a la Organización Mundial del Comercio –OMC– sede natural del tema y ante la ausencia de normas jurídicas en relación al comercio electrónico era necesario tratar la normativa como así también los aspectos técnicos para brindar una regulación apropiada. Es importante recordar que actualmente la información ha pasado ser el cuarto factor económico, superando a las materias primas, al trabajo, al capital, todo lo cual presenta una característica que es el bajo costo de esta forma de comerciar.

En el anteproyecto se tuvo en cuenta los modelos de la ley modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDM) aprobada en Nueva York en 1996, la directiva de la Unión Europea sobre comercio electrónico de 1997, como así también las disposiciones de la OMC y las recomendaciones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Entre los principios rectores del anteproyecto figura promover la compatibilidad con el marco jurídico internacional permitiendo que la Argentina se insertara en el mercado mundial del comercio electrónico.

Particularmente y con relación a las garantías del comercio electrónico el anteproyecto establece que las normas generales, en especial de defensa del consumidor, lealtad comercial y defensa de la competencia son de aplicación plena a los actos jurídicos celebrados por documentos digitales. En el anteproyecto y a los fines del consumidor se establece que el usuario o consumidor previo al consentimiento, deberá disponer de la siguiente información: *a)* derecho a realizar la transacción por otro medio y si lo solicita copia en papel de la documentación; *b)* derecho a revocar el consentimiento, incluyendo información, sobre las condiciones y procedimientos, costos eventuales y consecuencia de la revocación; *c)* alcance del consentimiento a prestar; *d)* obligación del oferente de mantener actualizada la información para que el usuario o consumidor establezca contacto con los requerimientos técnicos básicos para acceder y conservar la documentación; *e)* obligación del oferente de proveer anticipadamente información sobre cualquier variación relativa a los requerimientos técnicos, y *f)* derecho del consumidor a revocar el consentimiento sin costo por causas de variaciones en los estándares técnicos.

En el anteproyecto se establece que en materia de protección al consumidor serán de aplicación las normas generales de lealtad comercial y defensa de la competencia y que para la celebración del contrato es necesario, previo al consentimiento, que el usuario cuente con información sobre su derecho a realizar una transacción por otros medios, y a pedir una copia de la documentación en papel si lo solicita, derecho a revocar el consentimiento, las formas y costos para hacerlo, el alcance del consentimiento y la obligación del oferente a mantener actualizada la información. Los oferentes pueden requerir información de sus clientes a los fines comerciales en cada caso, y sólo podrán ceder a un tercero esta información total o parcialmente si cuentan con el consentimiento expreso del usuario.

7. Conclusiones

a) El comercio electrónico tiene fuertes incentivos económicos, reducción de costos administrativos e impositivos, acortamiento de los procesos de distribución e intermediación, posibilidad de operar durante todo el día, superación de las barreras nacionales y rapidez en las transacciones.

b) El comercio electrónico fomenta el desarrollo de las PYMES, eje de la economía actual, a las cuales se les deberá facilitar información y asesoramiento sobre los bienes y servicios necesarios para poder aprovechar las ventajas del comercio electrónico.

c) Es fundamental reconocer la importancia de ingresar en los mercados electrónicos europeos, americanos y regionales como un medio de estímulo de la actividad económica.

d) Para generar y garantizar confianza en el consumidor es fundamental difundir entre sus usuarios los derechos a la información y la obligación de informar por parte del vendedor de las formas y características de esta forma de contratar.

e) Como protagonistas de la revolución tecnológica que estamos viviendo, el notariado debe estimular el acercamiento y la investigación de esta nueva forma de tráfico comercial que será una nueva área profesional que no se puede ignorar.

Bibliografía

Bassi, Roxana - Caruso, Vera, *Internet y comercio electrónico*, 2002.

Copello, Héctor A. - Fernández, Héctor D., *Contratos informáticos y seguridad en las comunicaciones electrónicas*, LL, 2002-B-962.

Directiva Comunitaria del Comercio Electrónico: Aspectos contractuales.

Katz, Flora M., *Negociación y tecnología: "e-commerce" y las negociaciones comerciales "on line"*, LL, 2000-3-.

— *La mediación por e-mail y el comercio electrónico*, LL, 2003-47-.

"La Nación", *Firma digital*, 1/11/03.

Lynch, Horacio M., *Notas sobre el derecho en la era digital*, LL, 1996-B-1157.

Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

Rezzónico, Juan C., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Bs. As., Astrea, 1987.

Wu, Jenai - Lawz, David, *Trust and other-anxiety in negotiations: Dynamics across boundaries of self and culture*, "Negotiation Journal", v. 19.

© Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.