

## CONTRATACIÓN POR MEDIOS INFORMÁTICOS. \*

Por Gonzalo Peñalba Pinto

### 1) La instrumentación electrónica del contrato.

Se llama contratos electrónicos —en sentido amplio— a todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos: fax, teléfonos, computadoras, chatbots, etc.

En un sentido estricto, se llaman contratos electrónicos o contratos informáticos, a aquellos “que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador.” <sup>(1)</sup>.

El uso de estos nuevos medios y tecnologías genera o plantea varios problemas, de entre los cuales nos ocuparemos brevemente de los siguientes: el primero, determinar lugar y tiempo de su celebración, es decir cuándo y dónde se perfeccionan; y la segunda cuestión es la de su validez, su forma y su prueba.

### 2) Lugar y tiempo de celebración

La tecnología permite la contratación entre ausentes, es decir de personas separadas por grandes distancias; puede ocurrir que los contratantes jamás se conozcan ni se vean las caras. La contratación *on line*, entre ausentes, continúa creciendo y se estima que en no mucho tiempo, representará la mayoría de las operaciones comerciales, particularmente las de consumo <sup>(2)</sup>

---

\* La base de este trabajo es una publicación en el Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán,( n° 1, año 2009), creado y dirigido por el Dr. Ernesto C. Wayar.— Esta actualización incorpora algunas sugerencias de nuestro maestro, a quien queremos recordar, a modo de modesto, pero sentido homenaje.

1 Es decir, el celebrado entre personas conectadas a través de computadoras; cfr. Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, Civitas, 2002, p. 289, citado por MÁRQUEZ y MOISSET DE ESPANÉS, *La formación del consentimiento en la contratación electrónica*, Rev. La Ley, 12/10/2004, pág. 1

2 <https://kinsta.com/es/blog/estadisticas-ecommerce/>  
<https://cace.org.ar/prensa/se-facturo-mas-de-1-billon-de-pesos-a-traves-del-comercio-electronico-en-el-primer-semester-del-ano/>

El ámbito del contrato negociado y paritario, por su parte, también ha recibido la influencia de la tecnología, y principalmente en lo atinente a su cumplimiento y medios de pago (transferencias bancarias on line, existencia de mails, chats de whatsapp y otras comunicaciones que constituyen principio de prueba o pautas de interpretación de la voluntad de las partes, etc.)

Determinar el lugar y tiempo de celebración de un contrato entre ausentes, tiene importancia práctica : porque el lugar de celebración puede influir sobre la competencia <sup>(3)</sup> y sobre cuál es el derecho aplicable (pudiendo existir una cuestión de derecho internacional privado si oferente y aceptante están separados por fronteras); mientras que el tiempo, influye sobre el momento inicial de la prescripción de las acciones nacidas del contrato y sobre cuál es la ley aplicable, en un caso de cambio de legislación <sup>(4)</sup>

Ahora bien, para determinar el tiempo de celebración de los contratos informáticos, o sea cuándo se entiende formada la voluntad común, se aplican los principios generales:

a) si el medio electrónico empleado permite la aceptación inmediata de la oferta <sup>(5)</sup>, el contrato será “entre presentes” <sup>(6)</sup>, a efectos del tiempo, aplicándose la solución del segundo párrafo del art. 974, que dispone que “*la oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente...*” <sup>(7)</sup>

---

3 El art. 5 CPCCN, dispone que “...será juez competente:... inc. 3º) Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación.”

4 SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones. Tomo I: Contratos*, act. por Arturo Acuña Anzorena, Ed. TEA (1950), t. I, n° 62, pág. 73; WAYAR, Ernesto C.; *Compraventa y permuta*, Ed. Astrea (1984) *Compraventa y permuta*, §114, pág. 175/6; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos. Parte General*. Ed. Zavalía, 1ª ed. (1971), §11.I y §11.IV.7.

5 V.g. si Juan y Pedro contratan por teléfono, o conectados *on line* en el Messenger o, inmediatamente, por Whatsapp, y la aceptación sigue inmediatamente a la oferta. El contrato celebrado por teléfono es, en cuanto al tiempo, entre presentes, como se destaca en forma unánime (SALVAT, *op. cit.*, n° 63.3, p. 73; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op et loc. cit.*, etc.)

6 Cuando nos referimos a contratos “entre presentes”, lo hacemos para significar y resaltar que, aunque los contratantes no se encuentren frente a frente (o sea, no están físicamente presentes), no media entre ellos una distancia jurídica relevante. Pues lo que importa, para caracterizar a un contrato como celebrado “entre ausentes” es la distancia temporal y espacial jurídica, y no la distancia física; como bien lo destaca calificada doctrina: LÓPEZ DE ZAVALÍA, quien puntualiza que “debe hablarse... más que de contratos entre presentes, de declaraciones entre presentes y entre ausentes” (*op. cit.*, § 11.I.2, p. 121); WAYAR, quien clarifica que lo que interesa es el “tiempo relevante para el derecho” o “jurídicamente relevante” (*op. cit.*, p. 175/176); MOSSET ITURRASPE, que se refiere a “consentimiento” entre presentes y entre ausentes, (*Contratos*. Ed. Rubinzal -Culzoni , ed. 2005 p.125/6).

7 En esencia es la solución del art. 1151 del Código de Vélez que, con una redacción más feliz, explicitaba que “*la oferta hecha verbalmente no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente...*”

b) en cambio, si por el medio empleado la aceptación no es inmediata (vg. Juan envía una oferta a través de un mail, y Pedro la acepta mediante mail o fax un par de días después), el contrato será entre ausentes y, a fin de determinar cuándo se ha perfeccionado, deberemos acudir a los principios de los arts. 974 a 978 y 980.

Es decir que, en este caso, el contrato se perfecciona desde que hubiere sido recibida la aceptación por el proponente (art. 980) <sup>(8)</sup>; pero el aceptante puede retractar su aceptación antes que ella haya sido recibida por el proponente, o si éste recibe ambas (aceptación y retractación) en forma simultánea (art. 981).

Sin embargo, en el ámbito de los contratos de consumo, se prevé un régimen especial:, pues el consumidor tiene “*derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los 10 días*” desde la celebración del contrato (art. 1110), bastando al efecto la notificación de tal revocación por escrito, o bien por medios electrónicos (art. 1112)

La oferta, además, caduca si fallece o pierde su capacidad el oferente, antes de haberse recibido la aceptación (art. 976).

En esos supuestos, el contrato se tiene por no perfeccionado.

Y, en cuanto al lugar de celebración, también son de aplicación los principios generales:

a) el contrato será “entre presentes”, si entre los contratantes no media una distancia jurídicamente relevante <sup>(9)</sup>;

---

8 Siempre que lo hubiere recibido durante el plazo de vigencia de la oferta, si hubiere tal plazo (doctr. art. 974 y art. 980 inc. b)

9 v. g. Juan y Pedro contratan telefónicamente o mediante correo electrónico, pero situados ambos en San Miguel de Tucumán, en cuyo caso la distancia que los separa (entre casa y casa) no es relevante para el derecho porque, al no haber fronteras provinciales ni nacionales entre ellos, no se generan problemas de derecho aplicable o de competencia.

b) y será “entre ausentes” –y surgirá un eventual problema de legislación aplicable, o de competencia— si oferente y aceptante no se encuentran en la misma jurisdicción <sup>(10)</sup>; en cuyo caso se aplican los principios generales recién referidos. <sup>(11)</sup>

Nuevamente para los contratos de consumo, celebrados a distancia (es decir “*fuera de los establecimientos comerciales*”) se establece un régimen diferenciado y protectorio del consumidor, en lo relativo al lugar de cumplimiento <sup>(12)</sup> , pues el art. 1109 considera tal a “*aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación*” .

Ese lugar, que habitualmente coincidirá con el domicilio del consumidor, además “*fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato*” y se tiene “*por no escrita cualquier cláusula de prórroga de jurisdicción*”

### **3) La voluntad y las formas de manifestación**

a) En virtud del principio de libertad de formas, las partes de un contrato pueden manifestar su consentimiento por cualquier medio, inclusive acudiendo a medios electrónicos <sup>(13)</sup>.

Un contrato electrónico, sea celebrado telefónicamente o mediante el uso de ordenadores conectados a Internet, es –en principio- válido, en atención al principio general de libertad en la elección de las formas (arts. 284, 958, 969, 1015 y ccetes. del Código civil y com.)

---

10 vg. Juan formula la oferta, por mail, desde Tucumán, y Pedro la acepta, por mail o fax, desde Boston, en cuyo caso estamos ante un problema de derecho internacional privado; o Juan en Tucumán y Pedro en Sgo. del Estero, caso en que pueden plantearse cuestiones de competencia

11 El Cód. Civil ha adoptado la teoría de la recepción ( WAYAR, op. cit., § 115.e, p. 178); b).

12 Usualmente el lugar de celebración se confunde con el de cumplimiento, si nada se hubiera pactado en otro sentido (art. 873, 874 y ccetes. Cód. Civ.); y, además, el lugar de cumplimiento suele o puede resultar decisivo para fijar la competencia de los jueces (v.g., art. 5 inc. 3º del Cod. Proc. Civ. Nación); y de allí la importancia de aquél para el ejercicio de los derechos emergentes del contrato.

13 Impera el principio de la “no discriminación de las declaraciones de voluntad o de ciencia emitidas por medios electrónicos”, como señalan JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ y LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *La formación del consentimiento en la contratación electrónica*, Rev. La Ley, 12/10/2004, p. 1; ver LORENZETTI, Ricardo L.; *Tratado de los Contratos. Parte General*, Ed. Rubinzal- Culzoni (2004), p. 421.— Ello, sin perjuicio de la existencia de contratos formales, para cuya validez la ley exige una forma determinada.

**b)** Pero el contrato electrónico no será válido si se tratara de un supuesto de contrato *solemne*, en el que la solemnidad exigida sea la escritura pública; tal el caso, v. g., de la donación inmobiliaria (art. 1552)

Esto, en razón de que –al menos por ahora- no existe la posibilidad de otorgar escrituras públicas digitalmente; ya que el Código civil exige ciertas formalidades para las escrituras públicas —que resultan incompatibles con el soporte digital— en sus arts. 299 y ss., esencialmente , tanto exige que los escribanos lleven un libro de protocolo <sup>(14)</sup>

**c)** Ahora bien, cuando la ley exige como forma el instrumento particular o privado, como ocurre, por ejemplo, con la cesión de créditos (se exige *ad solemnitatem*) o la locación de inmuebles urbanos (*ad probationem*), esta forma escrita puede instrumentarse en un soporte magnético; es decir que el documento digital se asimila al documento plasmado en papel.

En ese sentido, el art. 288 del Cód. Civ. Com. establece que “*en los instrumentos firmados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento*”

Le ley de firma digital, n° 25.506, en su art. 6° define al documento digital como “*la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo*”. Y establece que “*un documento digital también satisface el requerimiento de escritura*”

Por ello cuando la ley exige la forma escrita para un contrato, puede éste instrumentarse electrónicamente, o sea, en soporte digital.

Para el documento digital, se ha admitido el empleo y la eficacia de la firma digital y de la firma electrónica, bajo ciertas condiciones que la propia ley prevé; en aras de procurar “seguridad” para el tráfico jurídico <sup>(15)</sup>.

---

14 Ver, al respecto GABRIEL B. VENTURA, *Firma digital y documento notarial*, Rev. La Ley, 2004-B, 1274.

15 Recordemos la vinculación entre ciertas formalidades y la “protección” o seguridad, ya sea de las partes del contrato o de terceros. Por demás, cuando la voluntad contractual se manifiesta por medios electrónicos, se padecen graves riesgos, pues el documento digital (ej. un correo electrónico o e-mail) puede ser adulterado; amén de ciertos problemas, como ser el de la determinación precisa de la autoría del documento electrónico. Esto será desarrollado al tratar sobre la prueba.

La firma digital, según el art. 2 de la ley, es el “*resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.*” (16)

La intervención del certificador (cuya actividad se regula en el art. 17 y ss. de la ley) es la que tiende a garantizar la identidad del firmante y la integridad e inalterabilidad del documento.(17)

Por ello se establecen una serie de presunciones —que facilitan la prueba o demostración de los contratos instrumentados electrónicamente y firmados digitalmente—, como ser:

*Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7).*

Es decir que, recibido un documento digital, firmado digitalmente, se presume *iuris tantum* que ha sido firmado por el titular de la firma digital. Y sobre éste recae la carga de la prueba en contrario, es decir que el titular es quien deberá demostrar que él no es el autor del documento ni quien lo ha firmado.

*Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo*

---

16 El art. 9 señala los requisitos de validez:

a) *Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;*

b) *Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente;*

c) *Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el artículo 16 de la presente, por un certificador licenciado.*

17 El documento digital, firmado digitalmente, contiene un par de claves asociadas. Una clave (privada) que inserta el firmante —y sólo él conoce—; y otra clave pública (certificado digital) que se adjunta al mensaje, y que vincula la firma privada a los datos del firmante.

Quien recibe el documento digital puede, conociendo la clave pública, verificar la identidad de quien ha insertado la clave privada, consultando *on line* el directorio de datos que el certificador publica en Internet.

Para comprender el sistema de doble criptografía o doble clave confr. CLARA, Bibiana Luz; *Ley de firma digital comentada*, Ed. Nova Tesis, (2006), especialmente pág. 59 a 70; HALL, J. Andrés y DEVOTO, Mauricio; *La firma digital: herramienta habilitante del comercio electrónico*, en PIAGGI- ESTOUP, *Derecho Mercantil Contemporáneo*, Ed. La Ley, pág. 23 a 46.

*prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma (art. 8).*

Esta norma establece la presunción de que el documento digital con firma digital, es íntegro y no ha sido modificado con posterioridad a su firma. Y quien sostenga lo contrario (v.g., que ha sido adulterado) deberá probarlo <sup>(18)</sup>.

*Remitente. Presunción. Cuando un documento electrónico sea firmado por un certificado de aplicación, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene de la persona titular del certificado (art. 10)*

Esta presunción resulta muy útil, especialmente en el ámbito de las relaciones de consumo, especialmente ante ofertas masivas a consumidores, y entendemos que se aplica también a los supuestos en que el documento “*sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente*”, <sup>(19)</sup> ()

Estas presunciones, que solucionan el problema de la autenticidad e integridad del documento digital; sin embargo, no rigen para el caso en que en el documento digital se hubiese asentado una firma electrónica.

El art. 5 dice que “*Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.*” <sup>(20)</sup>

---

18 Así, por ejemplo, Juan envía a Pedro una oferta contractual mediante un documento digital con su firma digital. Si el documento indica un precio (\$100), se presume que no ha sido adulterado y si Juan sostuviera en juicio que ha sido adulterado (v.g. que el precio era de \$300 y que posteriormente a su firma ha sido adulterado y modificado), sobre él recaería el *onus probandi*.

19 Conforme a la redacción del art. 10 anterior a la reforma de la ley 27.446.- Remitimos, también, a lo dispuesto por el art. 32 y cdtes. de la ley 24.240.

20 Es firma electrónica (y no digital), por ejemplo, la firma escaneada que se inserta en un correo electrónico. Resulta obvio que no ofrece la misma seguridad que la firma digital (seguridad garantizada por la intervención del tercero certificador), pues cualquier persona puede escanear o conseguir la firma escaneada de un tercero, e introducirlo en un mail. Es por esto que, quien invoca haber recibido un documento con firma electrónica, debe probar que ha sido firmado por aquél a quien atribuye la firma.

Ello es razonable, ya que la simple firma electrónica carece de la intervención del certificador y de la consecuente seguridad que ello conlleva <sup>(21)</sup>; y por ello es razonable la distinción en los efectos que la ley consagra para ambas clases de firma.

En resumen, cuando se exige que un contrato sea celebrado por escrito o en instrumento privado, esa exigencia formal queda cumplida con la instrumentación del negocio en un documento digital; y la *firma digital* queda asimilada a la manuscrita (art. 3, ley de firma digital).

Y esta asimilación, vale tanto para los contratos “paritarios” como para aquéllos incluidos en el ámbito de la ley de defensa del consumidor, como surge de la letra del art. 33 de la ley 24.240.

#### **4) *Quid de los contratos celebrados online***

Ahora bien, cuando se contrata directamente *online*, con un “cajero automático” programado, o bien, mediante una página web que automáticamente — conforme a algoritmos predeterminados por su propietario o titular— permite aceptar ofertas, o contratar, mediante un *click*; pueden presentarse ciertos problemas vinculados con la atribución de la voluntad o, para referirlo con mayor propiedad, a los problemas que pueden derivarse de errores en la manifestación de la voluntad o por el incorrecto funcionamiento del sistema.

El problema se produce cuando, por error o acción de terceros, el sistema informático “falla” y declara una voluntad que no es la real, es decir que no sigue las instrucciones de quien la ordenó o programó.

Los ejemplos son múltiples: el precio publicado en la página *web* es incorrecto, ésta no registra las aceptaciones contractuales y consecuentemente no se cumple el contrato, el sistema yerra y ofrece un producto que no se encuentra en stock, el cajero automático no entrega el dinero, etc.

La cuestión entonces consiste en dilucidar si existe voluntad contractual y qué ocurre cuando existe divergencia entre la voluntad real y la declarada <sup>(22)</sup>.

---

21 Seguridad siempre relativa, pues igualmente un documento con firma digital puede ser adulterado; tal como también pueden serlo los instrumentos particulares y aún las escrituras públicas estampadas en papel.— La prueba de la falsedad, en cualquier caso, puede hacerse por cualquier medio (doctr. art. 1191 Cód. Civ.).

Lo primero, resulta indudable, siempre que se acredite la propiedad del sistema robótico (cajero automático , máquina expendedora, etc. ) o del sitio web, pues de lo contrario no habrá contrato sino, en su caso, un ilícito; como ocurriría, v.g. si mediante *phishing* se comete una defraudación, simulando una página web o un correo electrónico. Es obvio que en este supuesto no existe contrato, por inexistencia de voluntad <sup>(23)</sup>.

Pero si se contrata en la página web de una empresa, conforme a los algoritmos y la programación establecida por ésta, hay contrato.

Valga la digresión, pero resulta importante señalar que, en Argentina, el registro de los nombres de dominio de las páginas web depende del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en su carácter de administrador del Dominio Argentina de Internet <sup>(24)</sup>.

El problema surge, como se señaló, si la voluntad declarada por el titular de la página web difiere de la voluntad real que invoca. Por ejemplo, si aduce que por error o por intrusión de terceros (*hackers*), la página ha sufrido alteraciones y se ha ofrecido, por ejemplo, un automóvil que cuesta U\$20.000 a un precio diferente, digamos U\$ 2.500.

En aplicación de los principios generales —y sin olvidar que cada caso debe ser resuelto conforme a sus particularidades, y a los hechos que hubieren sido probados en el expediente— podría afirmarse que:

En principio, prevalece la voluntad declarada y el contrato es válido. Y es de toda razonabilidad que así sea, por las mismas razones por las cuales quien comete un

22 El problema no es diferente al que se presenta en los contratos no celebrados por medios informáticos y ha sido analizado por los tratadistas (IBÁÑEZ, *Derecho de los contratos* , p. 252; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op cit.*, §17. p. 265), y la solución no difiere por manifestarse la voluntad por medios informáticos.

23 No implica, empero, que no pueda existir responsabilidad en algunos supuestos, por ejemplo, si a pesar del *phishing*, el proveedor titular del sitio web, no puede invocar buena fe (v.g., si mediante suplantación de identidad se extraen todos los fondos de una cuenta bancaria en una sucursal extraña, y con movimientos sospechosos o anormales, y el Banco no tomó las medidas necesarias de seguridad para verificar la identidad de quien operaba).

24 Conf. Principios Básicos - Enunciados Generales, de la resolución 2226/00 de ese ministerio, del 8-8-2000, que aprobó las Reglas para el Registro de Nombres de Dominio INTERNET en Argentina, B.O. del 29-8-2000.— Luego se dictaron varias normas, entre las que se destaca la reciente resolución 2/22 que establece el nuevo reglamento (pueden consultarse [www.nic.ar](http://www.nic.ar)).— Una explicación clara del funcionamiento de internet para quienes no somos expertos en el tema, puede encontrarse en “*Planteamiento de la problemática jurídica de los nombres de dominio*” de Javier A. Maestre Rodríguez, 1998, [www.dominiuris.com](http://www.dominiuris.com).

error al manifestar su voluntad, es responsable del mismo, cualquiera que sea el medio empleado para manifestarla y, con mayor razón, cuando el medio empleado conlleva algunos riesgos <sup>(25)</sup>

Este principio, de prevalencia de la voluntad declarada por sobre la real (cuando difieren), se sustenta en la seguridad jurídica y en la buena fe, y esta es la razón por la cual la buena fe se erige en el criterio rector para resolver cada caso concreto <sup>(26)</sup>.

O, en otros términos, “Sólo puede predominar lo declarado si la otra parte (es decir quien no cometió el error) es de buena fe.” Y, además, esa buena fe no debe derivar de “una negligencia culpable” <sup>(27)</sup>.

Así, volviendo al ejemplo señalado, un contratante de buena fe, con cierto conocimiento del mercado, no puede razonablemente ignorar que si se ofrece un vehículo que cuesta U\$20.000, a poco más de la décima parte de su valor, ello debe obedecer a un error del que no debería aprovecharse.

Pero, en el mismo ejemplo, si el error no fuera tan grosero (y el precio difiriera un 10% del valor “de mercado”), es razonable suponer que no existe error y el contrato es, en principio, válido; salvo que quien invoca el error del sistema demuestre que quien contrató con él carecía de buena fe, o conocía el error –y por ende, la voluntad real-..

Como se ve, se trata de una cuestión fáctica y que debe valorarse en cada caso conforme a sus circunstancias.

---

25 Razones justificadas de índole económica (y de costos) explican la proliferación del comercio *on line*. Piénsese que un Banco que programa un cajero automático o una empresa que comercia por la web, “ahorra” muchísimo en personal, a la vez que llega a muchos más consumidores, multiplicando sus ganancias. Pues bien, esa actividad genera riesgos particulares o especiales y no es justo que los consumidores los soporten sino, en su caso, quien se beneficia de la tecnología (*ubi emolumentum ibi ius*).

Para profundizar sobre los riesgos propios del uso de páginas web y la responsabilidad consecuente, podemos remitir a nuestro viejo artículo: *Responsabilidad por injurias vertidas en Internet*, La Ley Noroeste, Octubre de 2004, página 18.

26 GARCÍA GOYENA ya señalaba que “*la buena fe y la equidad son el alma de los contratos*” (*Concordancias del Código Civil Español*, T III, ed. 1852, pág. 9.)

27 LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 278. Agrega que “así, el error de una de las partes no puede ser invocado como causa de invalidez, si la otra parte es de buena fe por no haber advertido el error, a menos que éste, por las circunstancias, pudiera serle reconocible, pues entonces la buena fe se apoyaría en una negligencia culpable. La teoría de la declaración de la voluntad desemboca así en la doctrina de la confianza. La declaración predomina sobre la voluntad interna, en la medida en que aquélla haya despertado en la otra parte una confianza, y en tanto y en cuanto esta confianza no se apoye en una negligencia culpable...”

Pues, como ya se anticipó en el ejemplo, la demostración de un error esencial —en este caso, lo invocará el titular de la página *web*— puede causar la nulidad de la declaración y, por ende, del contrato (art. 265, 267 y 270 )<sup>(28)</sup>

Tal solución es aplicable, *a fortiori*, si existió dolo del “beneficiado” por el error, v.g., si el aceptante es el propio hacker que alteró el sistema (art. 271, 272, doctr. art. 276, y ccdtes.)

De acuerdo a los principios generales, la anulación del contrato por error del sistema informático, no afecta derechos de terceros adquirentes de derechos a título oneroso y de buena fe (art. 392 y ccdtes.)<sup>(29)</sup>

## 5) La prueba en los contratos electrónicos

Los contratos *online*, y los concertados a través de medios electrónicos, son cada vez más frecuentes por varias razones: la notable expansión del acceso a la tecnología, la mayor comodidad de su uso, que permite contratar desde casa y, particularmente una notable disminución de los costos de transacción, en especial los costos de instrumentación y tributarios<sup>(30)</sup>..

Hemos dicho que —en virtud del principio de libertad de formas— tales contratos son válidos.— Y su prueba se rige por los principios generales contenidos en los arts. 1019 y 1020., complementados por las normas particulares que la ley estipula para ciertos contratos.

Pero la contratación electrónica también aumenta ciertos riesgos que, si bien también existen cuando el contrato es celebrado cara a cara y se plasma en un documento papel, en el caso de los documentos electrónicos se agravan notablemente.<sup>(31)</sup>

Esos riesgos o problemas son:

---

28 Pero quien cometió el error, debe indemnizar a la contraparte (art. 391 y ccdtes. ).

29 LÓPEZ DE ZAVALÍA, *op. et loc. cit.*

30

Para profundizar: LORENZETTI; *Comercio electrónico*, pág. 9 y ss.

31 LORENZETTI, *Comercio electrónico*, pág. 164 y ss.— La doctrina es unánime al señalar estos riesgos en el ámbito de la contratación electrónica.

a) la imputabilidad de la declaración de la voluntad; es decir, si el autor de la declaración de la voluntad es quien realmente dice ser, y cómo puede esto comprobarse.

En el instrumento privado, plasmado en papel, la autoría se determina por la firma ológrafa; la cual es condición esencial para su existencia, como lo establecen la primera parte del art. 287 del Cód. Civil para los instrumentos privados, y el art. 305 inc. f , para las escrituras públicas.

Pero la expresión escrita de la voluntad, puede también manifestarse en otros soportes diferentes al papel, como lo indica el art. 286 del Cód. Civ. Com., y la generalización de documentos digitales y de contratos instrumentados digitalmente, son la prueba acabada de ello.

En consecuencia, en la contratación electrónica, *online*, o en soportes digitales, la firma de las partes es reemplazada por otros medios técnicos de acreditación de identidad, como ser las claves, los códigos, la firma digital, contraseñas, claves TOKEN enviadas al teléfono celular, etcétera. <sup>(32)</sup>

Por otra parte, también son habituales los contratos celebrados mediante declaraciones de voluntad verbales o no escritas (art. 262 a 264), como ocurre en la contratación online en la que basta un *click* en un sitio *web* para manifestar una aceptación, los celebrados por teléfono, etc..

Esas formas de contratación, a su vez, generan lo que el art. 287 denomina *instrumentos particulares no firmados*, como ser impresiones, registros visuales o auditivos (v.g. si se graba la contratación verbal o telefónica), que sirven como prueba o principio de prueba, según el caso, tanto de la existencia del contrato (art. 1019), como de los actos de cumplimiento , por ejemplo, los pagos (art. 895).

---

32

Confr. LORENZETTI, *Tratado*, pág. 255.— En la contratación bancaria *on line*, por ejemplo, la firma de la parte es reemplazada por una contraseña o clave, que es conocida sólo por el usuario; pero existe siempre el riesgo de que ésta sea conocida u obtenida y usada ilegalmente por otras personas (v. g. un *hacker*). En las extracciones bancarias de cajas de ahorro, por ejemplo, que se realizan a través del cajero automático, el contratante no firma ningún instrumento, sino que inserta una tarjeta y una clave correspondiente. Como se ve, también existe el riesgo de que sean (tarjeta y clave) obtenidas por terceros. Sin embargo este riesgo no es impedimento para que la contratación electrónica sea una realidad cada vez más común. En primer lugar porque el soporte papel también conlleva riesgos (p. ej. falsificación de firmas); y en segundo, porque los problemas que conlleva pueden solucionarse acudiendo a los principios generales en materia de vicios, simulación, fraude y nulidades en los actos jurídicos.

**b)** la posibilidad de alteración de la declaración de la voluntad. Si bien el documento papel también puede ser falsificado o adulterado, es esto más fácilmente detectable mediante pericias. El contenido de un e-mail, de una página *web*, o una conversación por *whatsapp* son más fácilmente modificables, y sin dejar rastros<sup>(33)</sup>.

Para enfrentar esos problemas, la ley de firma digital prevé un sistema de autenticación y certificación, por el cual se apela a un tercero (certificador licenciado), que es quien “certifica” al documento digital, de modo de que pueda vincularse los datos de verificación de firma a su titular<sup>(34)</sup>; brindando el sistema seguridad sobre quién es autor del documento digital y sobre el hecho de que éste no ha sido alterado o modificado.

Existiendo contrato contenido en un documento digital con firma digital; se presume *–iuris tantum–*: a) que la firma pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de esa firma; b) que el contenido del documento no ha sido modificado. (art. 7 y 8)

Es decir, que la ley tiende a solucionar los problemas que hemos señalado (el de la autoría y el de la integridad del documento digital), mediante presunciones; las que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario.

En el caso de los contratos celebrados *on line*, sin firma digital pero empleando otros medios de identificación o autenticación (v.g. Juan ingresa en la página *web* de su Banco y, con su clave, opera en su cuenta corriente, realizando transferencias), la prueba podrá efectuarse, de acuerdo a los principios generales, por cualquier medio “*apto para llegar a una razonable convicción, según las reglas de la sana crítica*” (art. 1019).

Inclusive, se pueden probar mediante testigos, siempre que concurren los supuestos del art. 1020, es decir si ha habido imposibilidad de instrumentación (la cual debe presumirse siempre que el proveedor haya dispuesto medios electrónicos<sup>35</sup>), o principio de prueba instrumental o, bien, si hubo principio de ejecución del contrato(v.g. si el comprador transfirió un pago al proveedor).

---

33Es de señalar, como cualquiera lo sabe, que también es muy sencillo crear “un perfil” falso de alguna persona en una red social, bastando con una foto para ello, para generar una “apariencia” de manifestación de su voluntad.

34 Para profundizar, confr. CLARA, *op. cit.*, especialmente pág. 32 y ss.

35 Evidentemente si uno llega a un Banco y sólo se encuentra con un “autoservicio”, existe una imposibilidad de acreditar el contrato de depósito por escrito, por disposición del Banco.

En relación al principio de prueba instrumental,, se trata de cualquier documento que haga verosímil la existencia del contrato (v.g., una impresión o recibo de una transferencia), concepto dentro del cual cabría incluir a los instrumentos particulares no firmados (art. 287, segundo párrafo del cód. Civ. Com.)<sup>(36)</sup>

Revestirán particular importancia las pericias informáticas, los testigos y hasta una constatación notarial; y un valor indiciario cabrá asignarse a *impresiones* que pudieran realizarse sobre el contenido de la página *web* donde se contrata (v. g. si Juan imprime una constancia; con el valor de principio de prueba instrumental); entre otros medios.

Esa amplitud probatoria, se completará con presunciones *hominis*, derivadas esencialmente del deber general de buena fe y la teoría de las cargas probatorias dinámicas.— En mérito a esta teoría, si, a modo de ejemplo, se contrata o rescinde mediante teléfono un plan telefónico determinado, es razonable, en principio, hacer recaer el *onus probandi* sobre la empresa y no sobre el usuario<sup>(37)</sup>.— Si se opera con un Banco *on line*, sobre éste pesará la carga de la prueba; lo que deviene razonable atendiendo su superioridad técnica y económica frente al usuario; su control sobre el sistema informático –el contenido del sitio-, etc.)

Las presunciones legales, como ser las contenidas en la ley 24.240, art. 30 bis, 31, etc., también tendrán especial importancia, para una justa resolución del litigio.

Y en particular, la exigencia de la buena fe<sup>(38)</sup> —y las presunciones que la sana crítica judicial derivará de ella— se extremará en los supuestos de contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor y, en

---

36 Obviamente el principio de prueba es el que hace “verosímil” el contrato pero no prueba directamente su existencia, pues si éste fuera el caso, no sería principio de prueba sino, lisa y llanamente, prueba. El principio de prueba de un contrato, acredita un hecho (v.g. una transferencia, un pago, el recibo de la entrega de una cosa, un remito, etc.) que hace verosímil la existencia de un contrato que lo explique o le sirva de causa.

37

La Ley de defensa del consumidor establece en su art. 10 *ter*, que cuando la contratación de un servicio se hubiera realizado en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del usuario utilizando el mismo medio e contratación. Y a continuación, pone a *cargo* de la empresa la obligación de enviar una constancia fehaciente del pedido de rescisión.

A favor de aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, para los contratos informáticos: VIBES y DELUPÍ, *El comercio electrónico frente al derecho positivo argentino*, Rev. La Ley, 2000-E-1079.

38 Cfr. NICOLAU, Noemí L. *Fundamentos de Derecho contractual*, T 1, Teoría General del Contrato, La Ley, pág. 228 y 247 y ss.; BENÍTEZ, Nicolás, *La Buena fe y los deberes secundarios de conducta en la relación contractual*, Revista Jurídica de Daños y contratos, n°20, abril de 2019.

general, en todos aquéllos donde exista una notable desigualdad o disparidad técnica, económica o profesional entre los contratantes; o se celebren por adhesión (doctr. arts. 985, 987 , 1095, 1108 y ccdtes.).

En estos supuestos, en caso de dudas o ambigüedad, las cláusulas contractuales se interpretan *contra stipulatorem*, en contra del proveedor y a favor de la parte débil <sup>(39)</sup> .

Al respecto, se ha señalado con acierto que el consumidor —particularmente cuando contrata a través de medios electrónicos— “actúa sobre la base de un conocimiento inductivo débil”; su conducta se basa en la confianza y ésta se construye sobre la apariencia que crea el sistema experto. Es por ello que hay situaciones objetivas en las que la apariencia creada y la actuación basada en la confianza, autorizan a imputar obligaciones allí donde el sujeto no las estableció expresamente <sup>(40)</sup>.

En definitiva y en síntesis, todo medio de prueba será admisible (con los alcances y limitaciones y excepciones que la propia ley establece) y cada caso concreto será resuelto de acuerdo a la sana crítica judicial, que no sólo valorará la prueba producida, sino que además, aplicará las presunciones *hominis* y legales, apreciará la conducta de las partes durante la celebración y ejecución del contrato, como medio de convicción y pondrá el *onus probandi* sobre quien esté en mejores condiciones de probar; con particular énfasis en la protección de la parte débil y del consumidor.—

---

39 La protección de la parte débil es un principio en materia contractual, como enseña NICOLAU, *op. cit.*

40

LORENZETTI, *Comercio electrónico*, p. 171/2.