CONTRATOS NO INSTANTÁNEOS VÍA ELECTRÓNICA. PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL. (ACUSE DE RECIBO VS. VERIFICACIÓN DE LLEGADA) *

CINTIA TAMARA LIBISCHOFF **

I. INTROITO

Es una cuestión de entendimiento e internalización pretender dejar de lado conceptos, aunque importantes, ya perimidos. Es un proceso continuo e inevitable, lo nuevo reemplaza a lo clásico, mientras que aquél toma los lineamientos de éste.

Tal es la evolución, que algunas posturas del siglo XIX, llamadas decimonónicas, se resquebrajan frente a conceptos como son los contratos de adhesión que limitan la autorregulación o libertad contractual; o los conceptos de oligopolios y monopolios que restringen tal libertad de contratación; así como también la parte jurídicamente más débil que propaga el desequilibrio de la parte afectada y reestructuran los lineamientos de los efectos derivados de los contratos ¹. La buena fe “no es tan sólo lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”, más bien, ha cumplido un gran cometido, como es el haberse ensanchado al

¹ SOTO COAGUILA, “La contratación masiva y la crisis del contrato. A propósito del proyecto del Código Civil argentino de 1998”, LL, 29/6/1999.

* Ponencia presentada en el ámbito de la Comisión de Estudiantes en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil XVIII, septiembre 20, 21, 22 de 2001, UCSES. En los meses sucesivos a la publicación de esta ponencia en la revista jurídica *Lecciones y Ensayos*, la autora actualizará algunos datos y conceptos que se han ido desarrollando a lo largo de estos dos años de avance jurídico (en espacio editorial designado al efecto).

** Estudiante de la Carrera de Derecho, Facultad de Derecho (UBA). Quisiera agradecer profundamente la colaboración que en su momento me prestara Marita Balbi, quien fuese miembro de la excelsa Biblioteca de la Facultad de Derecho (UBA). También, agradezco el espacio académico que el Dr. Leiva Fernández me ha dado en su cátedra de Contratos Civiles y Comerciales, en el rol de ayudante alumna.

grado de generar deberes secundarios de conducta². Respecto de la fuerza obligatoria del contrato, según demuestra Alterini, la protección al más débil imposibilita a la otra parte a exigir el cumplimiento, y así, se permite al débil adueñarse del contrato³.

El párrafo anterior nos demuestra que a las acciones humanas hay que entenderlas. Por eso, esta ponencia pretende trazar los aspectos afines al consentimiento contractual por medios electrónicos, y entender, para luego internalizar, los nuevos pilares de la contratación.

II. DILEMA

Como punto de partida, la existencia del contrato depende del encuentro unánime de las manifestaciones de la voluntad (art. 913, Código Civil argentino) de dos o más partes (art. 1137 del mismo ordenamiento) para presenciar el consentimiento contractual —de allí, que se dice que el consentimiento *es* el contrato—. Por tal motivo, el marco de investigación de este trabajo tratará sobre el momento del perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos⁴. De dicho marco surge que las declaraciones pueden ser concluidas entre presentes o ausentes; pero además, surgen conceptos como la celebración instantánea y la celebración continuada⁵.

Así, un gran sector de la doctrina ha estipulado que los contratos entre ausentes son aquellos celebrados cuando las partes están distantes físicamente. Otros agregan que la distancia es temporal⁶.

Sin embargo, es evidente que, la contratación electrónica es celebrada, desde un aspecto geográfico, a distancia. Pero, lo que nos aporta un claro panorama son los conceptos normativos, es decir, “el tiempo y el espacio jurídico”⁷. Aporta un claro concepto, las nociones que a través de este ejemplo expone Lorenzetti, al decir: “[que aquel] sujeto que contrata con una computadora en viaje [y] no está en un ‘lugar real’ deter-

² DE LORENZO, Miguel F., “La buena fe en el derecho privado patrimonial”, pág. 17, especial *Revista del Notariado*.

³ ALTERINI, Atilio, *Contratos civiles-comerciales-de consumo*, Abeledo-Perrot, 1998, ps. 36 y ss.

⁴ En esta ponencia omitiremos comentar el fenómeno de la contratación electrónica denominado *clic-wrap agreement*. Para ello, invitamos al lector a leer la excelente doctrina nacional que explica esta característica en la contratación electrónica, especialmente: BRIZZIO, Claudia. “Contratación mediante *clic-wrapping*”, *RCyS*, p. 217.

⁵ ALTERINI, A., *Contratos...*, cit., ps. 288 y ss.

⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte general*, pág. 127 y ss.; ALTERINI, A., *Contratos...*, cit., ps. 288 y ss.

⁷ LORENZETTI, R., *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 193 y ss.

minado, [...] el ‘lugar jurídico’, como fenómeno imputativo, [será] su dominio”⁸.

Pero, la postura decimonónica entiende que un contrato será entre ausentes cuando las partes no están físicamente una frente de la otra y por ende se requiera un tiempo para que el consentimiento se perfeccione. De lo contrario, las partes estarán presentes, en los términos del art. 1151 del Código Civil, cuando el contrato se perfeccione en ese *instante*.

Por ejemplo, si dos personas, que geográficamente están distantes, se conectan a través de un *software* de participación de conferencias (Netmeeting, MSN, ICQ, etc.) para concertar un contrato, seguramente, el contrato se perfeccionará —en principio— en el momento que el aceptante hizo clic en “enviar”. Es como si fuera una contratación entre presentes. Sin embargo, geográficamente están distantes, y a tal grado es la importancia que, en cuanto a la ley aplicable, se reputará al contrato como perfeccionado entre ausentes según el art. 1214 del Código Civil y en su defecto los arts. 1209 y 1212⁹.

Hoy día, dicha ficción resulta inoperante¹⁰. Para dar viabilidad al espectro normativo del comercio electrónico, una definición acorde es la que postula que habrá instantaneidad, cuando haya interacción sin un lapso entre oferta y aceptación; mientras que habrá continuidad cuando haya un tiempo significativo entre oferta y aceptación. En otras palabras, no es dable concebir en la contratación por medios electrónicos que el contrato se perfeccione entre ausentes y presentes; más bien, la contratación es instantánea (o interactiva) y continuada. Por ello, es pertinente volver a lo mencionado anteriormente: lo importante son las nociones de espacio y tiempo jurídico.

⁸ LORENZETTI, R., *Comercio...*, cit., ps. 193 y ss.

⁹ GOLDENBERG, P. - MARÍ HERNÁNDEZ, A., “La contratación en Internet”, ED, 170-1097.

¹⁰ En ocasión de la tercera mesa redonda, prevista como contribución académica para las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, el Dr. Bekerman pronunció estas acertadas palabras: “Hemos escuchado respuestas diversas que son la conclusión de distintos razonamientos. Por ejemplo:

”a. Se trata de un contrato entre ausentes, dicen algunos, porque la captación de la oferta no es dada en presencia del oferente.

”b. Es un contrato asimilable al contrato entre presentes porque la comunicación es instantánea.

”De modo que es un contrato entre ausentes y al mismo tiempo un contrato entre presentes. Me resulta difícil de comprender” (BEKERMAN, en “Anuario Departamento de Derecho Privado. Mesa Redonda n° 3: Contratos: El consentimiento en los medios informáticos”, *Revista del Notariado*, n° 864, p. 180).

En esa misma ocasión, Bekerman formuló una serie de preguntas, a modo de retórica, entre las cuales cuestionó cuál era el punto de referencia a considerar para determinar que hay ausencia o presencia de los contratantes. Con esta ponencia, pretendemos dar una respuesta, basada en la lógica jurídica, a esta pregunta.

Tanto el tiempo como la distancia son realidades, inseparables una de la otra. La lógica nos ha marcado que cuanto mayor sea la distancia, mayor será el tiempo para llegar al lugar de destino. De hecho, la concepción del siglo XIX se basa en esta premisa; de otro modo no podría concebirse el criterio que la contratación entre ausentes es sinónimo de contratación a distancia, y que a su vez, la distancia implica tiempo.

Si nos remontáramos a fines del siglo XIX, sería indudable que una aceptación proveniente de Buenos Aires cuyo destino fuese Tucumán tomase varios días en carreta para arribar a destino. Además, no habría lugar a dudas sobre la ausencia de los contratantes. El tiempo, la distancia y la ausencia formaban una *tríada*. Precisamente, ese concepto era el que rodeaba una realidad; sí, una realidad de una época totalmente diferente a la actual, pero sin embargo igual. No había en aquel entonces —y hasta hace no mucho tiempo atrás— una noción diferente de la *tríada* tiempo-distancia-presencia. ¿Acaso cambiaron estas realidades? Muy por el contrario, ellas siguen incólumes; más bien lo que ha cambiado es el modo de internalizarlas en la vida cotidiana. La realidad es que también coexistimos con otros elementos, que gracias a la tecnología, nos han ayudado a ver otro tipo de relación entre el espacio, el tiempo y la presencia.

Hoy por hoy, un mensaje de datos que implique aceptación de un contrato puede llegar a Tucumán vía electrónica en cuestión de segundos, así como a fines del siglo XIX el mensaje también podría haber llegado en cuestión de segundos, por medio del telégrafo. Verdaderamente, es una cuestión de internalización concebir la variedad de realidades que hay a nuestro alrededor.

Es aquí donde el espacio y el tiempo jurídico tienen un rol trascendental. Estas nociones —las jurídicas— no son ni más ni menos que el producto de *realidades percibidas para ser reguladas*. No se puede pretender una regulación de dos siglos de antaño, que si bien fue adecuada en su momento, hoy día es irreal. Las nuevas regulaciones toman en cuenta esta paradoja, como lo esbozaremos a continuación.

Retornemos nuevamente a los conceptos de celebración instantánea (interacción sin lapso entre oferta-aceptación) y continuada (donde hay un lapso prolongado entre oferta-aceptación). Es en esta última, donde subyacen una serie de inconvenientes. Como es sabido —y en principio—, hay sistemas o reglas que son tomadas en cuenta para la concreción del contrato, a saber las teorías de la: declaración; expedición; recepción; e información.

En nuestra legislación se ha descartado la teoría de la declaración, dado que toda voluntad debe ser exteriorizada (art. 913, Código Civil). Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo, en ordenamientos como el de Chile, donde

se ha utilizado la teoría de la declaración (o como también se la denomina “teoría de la aceptación”)¹¹.

En cambio, el art. 1154 del Código Civil expone como regla general la teoría de la expedición de la aceptación para perfeccionar el contrato. Tal es así, que en caso que se retracte la oferta es menester que el aceptante no haya enviado su aceptación; y si ocurre la muerte, incapacidad o quiebra del aceptante (caducidad de la aceptación art. 1149, Código Civil) es importante que la aceptación tampoco se haya expedido.

El ordenamiento argentino ha regulado, como excepción a la regla general de la expedición, la regla de la información. Ésta regirá en la caducidad de la oferta si el proponente no pudo conocer la aceptación (art. 1149, Código Civil); o bien, cuando el aceptante se retracta de su declaración de voluntad expedida y esa retractación llega al conocimiento del proponente antes de que tome conocimiento de la aceptación (art. 1155).

En otros ordenamientos, como es el derecho norteamericano, las reglas del Uniform Commercial Code establecen la teoría de la expedición como momento para perfeccionar el contrato. Es la conocida regla “the mail box rule”, por la cual la aceptación será efectiva cuando sea enviada (“effective when dispatched”)¹².

Por su parte la Ley de Contratos de la República Popular de China determina en el art. 16, que cuando se celebre un contrato mediante el intercambio de documentos transmitidos por vía electrónica, la oferta del contrato regirá desde el momento de *recepción* por el sistema del destinatario de la oferta¹³. El Código Civil del Distrito Federal de México establece como regla general en el art. 1.807 el momento en que el proponente *recibe* la eventual aceptación para formar el consentimiento contractual¹⁴.

¹¹ MAGLIONA, Claudio, “Marco jurídico de la contratación electrónica con especial referencia al comercio electrónico”, en *Revista de Derecho Informático*, <http://www.alfa-redi.org/revista/data/35-9.asp> (acceso actualizado al 9 de mayo de 2003).

¹² En el caso “Adams v. Lindsell” se juzgó que la oferta no podía ser revocada una vez enviada la aceptación, lo que implicó que el perfeccionamiento del contrato no dependía del recibo oportuno según el curso normal del correo. Los hechos fueron que el aceptante envió su aceptación por correo, pero la carta fue enviada al condado equivocado. El demandado (el oferente) vendió la lana a un tercero, dado que no había recibido la respuesta a su oferta antes de lo que ellos esperaban como curso normal del correo. La aceptación volvió a manos de la parte actora (el aceptante) porque el error en la dirección postal fue un inconveniente que provino del demandado al no haber este puesto la dirección correcta de su remitente. Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 3ª ed., p. 176, § 3.22.

¹³ MCKENZIE, P., “La legislación del comercio electrónico en la República de China”, *RCyS*, año III, nº 1, enero-febrero 2001, p. 23.

¹⁴ MÁRQUEZ, José Antonio, “¿Cuándo se perfecciona un contrato? Sobre contratación electrónica”, en *Revista de Derecho Informático*, <http://www.alfa-redi.org/revista/data/37-7.asp> (acceso actualizado al día 9 de mayo de 2003).

La Ley Modelo de CNUDMI (UNCITRAL) en el art. 15 da un esbozo pormenorizado de la trayectoria del mensaje y el concepto de recepción del mismo, el cual pasaremos a transcribir y comentar su funcionamiento práctico:

“Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

”1) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador”.

En otras palabras, cuando sale de la casilla del correo electrónico al enviar el mensaje y no hay posibilidad de hacerlo retornar, el mensaje de datos se lo tendrá como expedido, aunque quede una copia del mensaje enviado, precisamente ese hecho asevera la condición de expedido del mensaje. Claro está, que este apartado especifica solamente el momento del envío o expedición del mensaje. El siguiente apartado, en la primera parte reza:

“2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

”a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:

”i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o

”ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;

”b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario”.

Si el destinatario ha estipulado una dirección electrónica, sea vía internet o intranet, en el momento que llegue ese mensaje a la dirección establecida, se consumará la recepción del mensaje. Si no hay especificación de la dirección de recepción, se entenderá cualquier sistema imputable al destinatario. La recepción, al igual que la expedición, no depende de que el mensaje haya llegado a un sistema de información, como el de un servidor. Por el contrario, lo que importa es que el mensaje no esté bajo la esfera de control o disposición del originador de la misiva, para entenderse como expedido y que por otro lado, el receptor tenga la *disponibilidad* de decodificar y conocer el mensaje en su esfera de control para efectivizarse la recepción.

Dado el caso que no existiese delimitación alguna del sistema de mensaje, muy claramente, los apartados siguientes otorgan una solución:

“3) El párrafo 2) será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 4).

”4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

”a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

”b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual”.

Este modelo de ley sólo pretende enmarcar lo que se entiende por expedición y recepción. Tales lineamientos, son útiles, por ejemplo, para entender el concepto de mensaje expedido, pertinente al régimen actual argentino regulado en el art. 1154 del Código Civil.

En la actualidad, la doctrina —como veremos a continuación— entiende que la teoría de la recepción es el sistema más acorde con la contratación electrónica¹⁵. Con esta teoría, el contrato queda concluido cuando la comunicación le *llega* al oferente y éste, a su vez, tiene la *posibilidad* de conocer la misma.

Hay bastante respaldo para proponer este sistema. Principalmente, nuestra legislación acepta esta teoría a través de los artículos 18.2 y 24 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compra Venta Internacional de Mercadería. Además, los Principios de UNIDROIT enuncian que la aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación del asentimiento llega al oferente (art. 1.9). Incluso, el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial de 1998 en el art. 915 dice: “Conclusión del contrato. El consentimiento se forma con la oferta y la aceptación. El contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente...”.

Es decir, que existirá recepción de la manifestación de la voluntad, cuando la misma es *recibida* por la otra parte y ella la conoce, o *hubo de haberla conocido*, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil (art. 917).

Sin embargo, surge el cuestionamiento sobre el momento de la retractación. Para responder, tendremos que retomar la teoría de la expedición y

¹⁵ Ver Cám. Fed. Tucumán, 3/7/2003, “Vallejo, Jorge y otra v. Telecom Argentina SA”, incluido con nota al fallo de MOEREMANS, Daniel, DJ, 2004-1754; LLNOA, 2004 (febrero), p. 740.

de la recepción, y de ese modo ver cómo la retractación funciona según la teoría que se utilice.

En el sistema del Código Civil argentino, el contrato quedará perfeccionado una vez enviada la aceptación; al menos que el aceptante se retracte antes que la aceptación haya llegado al conocimiento del oferente. Va de suyo, que con la celeridad temporal que hay a través de medios electrónicos, la retractación no puede llegar antes que la aceptación —o al menos se dificulta—. Aunque sean segundos más tarde, lo primero que llegará a la casilla del destinatario es la aceptación, y luego, la retractación. Es claro que la teoría de la expedición junto a la teoría del conocimiento en materia de aceptación no son viables en la contratación vía electrónica. Por un lado, en las comunicaciones instantáneas “se hace imposible retractar [la aceptación] antes de que sea conocida por el destinatario, en todos los casos habrá que indemnizar conforme al art. 1155”, al menos que haya un medio más rápido que v.gr. internet. Por otro lado, en la contratación no instantánea, la retractación será oportuna si llega al conocimiento del oferente antes que la aceptación ya retractada. Tal es así, que ante el envío de un mensaje de datos electrónico, este puede retractarse por otra vía alternativa, como puede ser un llamado telefónico o un determinado encuentro en las comunicaciones entre el oferente y el aceptante “retractor”.

Ahora bien, ante este tipo de comunicaciones no instantáneas por vía electrónica, una doctrina muy práctica cree que si “se decodifican [...] ambos mensajes (aceptación y retractación), y por lo tanto se toma conocimiento de ellas simultáneamente, habrá que admitir que se trata de una retractación válida, en tiempo útil”¹⁶. Esta solución, también sería propia en el caso que llegue la aceptación junto a otros mensajes, cuyas respuestas dependan de lo que diga la aceptación, y el último de estos mensajes sea la retractación. En ese caso, la retractación también será oportuna porque los dos mensajes del aceptante llegaron simultáneamente al ámbito de control del oferente. Y a pesar de que existan otros mensajes decisivos para el oferente, un buen hombre de negocio que obra con cuidado y previsión¹⁷, antes de enviar respuesta a esos mensajes, primeramente tomará conocimiento de todos los recibidos en la casilla, y recién, dará la respuesta pertinente de acuerdo a los mensajes (aceptación y retractación) del aceptante. Pero, recordemos que si el mensaje no llega al mismo instante que la aceptación, el aceptante deberá correr con los riesgos que determina el art. 1155, es decir que, deberá satis-

¹⁶ AZAR, María José, “El consentimiento en la contratación por Internet”, LL actualidad, jueves 19 de julio de 2001, p. 2.

¹⁷ AZAR, María José, “El consentimiento...”, cit., p. 3.

facilitar las pérdidas e intereses¹⁸. En síntesis, la retractación será oportuna cuando llegue a la esfera del proponente antes que la aceptación o al mismo tiempo que ella.

Lo antedicho está propuesto en los arts. 926 y 933 del Proyecto de Unificación de 1998. En materia de retractación de la oferta, el art. 926 menciona: “La oferta dirigida a persona determinada puede ser retractada útilmente *si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta*”.

Igual regla se aplica a la oferta a persona determinable, o al público, pero su retractación debe ser comunicada por medios de difusión similares a los empleados para emitirla.

Respecto a la retractación de la aceptación, el art. 933 estipula que: “La aceptación puede ser retractada útilmente *si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la aceptación*”¹⁹.

Ahora bien, si ocurriese la incapacidad, muerte o quiebra del oferente o aceptante y las partes no hayan previsto ese riesgo, una solución es la que da el proyecto en el art. 918, al decir que “ni la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con posterioridad [al suceso] se verán perjudicadas, respectivamente, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso”. La otra posibilidad es que esos riesgos hagan que caduquen la oferta o aceptación si acontecen antes de que éstas lleguen al ámbito de control del aceptante o proponente, respectivamente.

Ahora bien, ¿cuál es la *ratio legis* de la teoría de la recepción? Con esta regla, la aceptación llega al “domicilio” del oferente, y éste se supone que ha de conocerla. Por ende, el *riesgo* de la transmisión de la comunicación de esa aceptación *recae en el aceptante* y no en el oferente. Es el aceptante quien está en mejor posición para conocer el medio de comunicación pertinente para que su aceptación llegue al oferente. Si acaece un riesgo en el perfeccionamiento del contrato será a cargo del aceptante. Si bien es cierto que la oferta puede contener un requisito de que la comunicación sea por medios electrónicos, el hecho que el aceptante así lo acate, significa que acepta el riesgo que le sobrevenga; de lo contrario, el mismo aceptante podría formular una nueva propuesta y así invertir los roles, para convertirse, así, en oferente.

¹⁸ Nos remitimos a tres artículos: 1) el art. 1808 del Código Civil del Distrito Federal de México que dispone: “La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación”; y 2) a los arts. 926 y 933 del Proyecto de Unificación de 1998, que a continuación serán citados.

¹⁹ La bastardilla es nuestra.

Respecto de la contratación entre un agente electrónico que actúa acorde a su propia experiencia y una persona física; o una contratación entre dos o más agentes electrónicos inteligentes, entendemos que es aplicable lo *infra* y *supra* citado ²⁰. Entendemos que si la persona física sabe que la contratación se efectúa ante una computadora con las características precitadas, toda conducta tendiente a concluir el contrato se entenderá como concluyente ²¹.

Volviendo al tema de la retractación, otra alternativa es la que enuncia la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico 2000/31 (8 de junio de 2000). En su art. 11 dice que: “[...] en caso que un destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los siguientes principios:

”el prestador de servicio debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica,

”se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando a las partes que se dirigen puedan tener acceso a los mismos” ²².

También el Anteproyecto de Ley Formato Digital de los Actos Jurídicos y Comercio Electrónico ²³, específicamente trata en el art. 33 sobre el *acuse de recibo*. Allí dice: “los sistemas electrónicos del oferente deberán transmitir una respuesta electrónica automática, transcribiendo la comunicación de aceptación de la oferta transmitida por el destinatario y confirmando su recepción”.

La Ley Modelo de la CNUDMI, por su lado, también enuncia que el acuse de recibo será aplicable cuando, al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos (art. 14).

Como lo demuestran todos estos articulados, habría una posibilidad de dar más seguridad a las transacciones por vía electrónica si existiera un acuse de recibo del mensaje de aceptación recibido. Para algunos, esto beneficiaría la posibilidad de retractar la aceptación, dado que la retractación tendría viabilidad en tanto y en cuanto no haya acuse de recibo por parte del oferente.

²⁰ ALLEN, TOM - WIDDISON, ROBIN, “Can computers make contracts?”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Winter, 1996.

²¹ FARINELLA, FAVIO, “El ‘ciber-usuario’: de los beneficios a los potenciales daños”, ED, 186-1207.

²² A modo de aclaración: el apartado 3° de este art. 11 exime a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico o comunicación equivalente, especialmente en lo que respecta el primer guión.

²³ El Anteproyecto de Ley Formato Digital de los actos jurídicos y Comercio electrónico fue presentado el lunes 28 de agosto de 2000, por el Jefe de Gabinete de Ministros, Rodolfo Terragno.

Es una alternativa. Pero supongamos el caso que haya una oferta no instantánea, la cual es emitida y aceptada. Agreguemos a esto la retractación, sea o no inmediata, pero que tanto ésta como la aceptación entran simultáneamente a la esfera de control del oferente.

Si nos remitimos a la teoría de la expedición, la aceptación podrá ser retractada si no hubiese sido conocido por el proponente. ¿Que significa ser conocido por el proponente? Para la postura del Anteproyecto, habrá conocimiento en tanto y en cuanto haya acuse de recibo automático.

Retomando el ejemplo anterior. Cuando el oferente reciba los mensajes simultáneamente y abra el de aceptación, habrá, por ende, un acuse de recibo automático (a la manera de una notificación de una postal electrónica “El destinatario ha abierto la postal que envió”). El perfeccionamiento del contrato ya no dependerá del conocimiento del oferente para detener la retractación, sino más bien de que el acuse de recibo automático haya llegado al aceptante. Además, el contrato ni siquiera se perfecciona con el envío o recibo de la aceptación. Nuevamente, se perfeccionará con el acuse *recibido* por el aceptante. Quienes están a favor de este acuse de recibo entienden que es un deber colateral y que nada infiere en el perfeccionamiento contractual.

Pero, lo que hay que dejar en claro es que se presume recibida la aceptación en tanto exista un acuse de recibo por parte del oferente. Y repetimos que esto favorece enormemente la posible retractación de la aceptación.

Sin embargo, nos atrevemos a decir que no adherimos a esa postura. Porque de lo contrario, se caería en la actitud extrema de que mientras no se constate el acuse de recibo, no habrá contrato porque se presupone que no hubo recepción; entonces, el oferente podría retardar el acuse de recibo a su beneplácito. Esto es peligroso al tráfico negocial, porque si el oferente quiere retardar el perfeccionamiento del contrato puede hacerlo sin inconveniente. Por supuesto, es menester que en la oferta no se haya estipulado la fecha límite del acuse de recibo, de lo contrario el oferente estaría autolimitado.

Además, como dice la nota a los arts. 1150 a 1154²⁴, habría un círculo vicioso en el cual el aceptante deberá esperar la confirmación de lo que hizo. Ya no habría cuatro teorías del perfeccionamiento del consentimiento. Más bien, habría un quinto sistema: *el del acuse de recibo del conocimiento de la aceptación recibida*. Y por que no una sexta teoría denominada de la doble recepción; o sea, *el acuse de recibo del acuse de recibo del proponente*. Sería un círculo vicioso. Pero, el caso es que la teoría de la doble recepción es utilizada en las directivas europeas en protección al consumidor, el cual

²⁴ Nota remarcada por Alterini y Lorenzetti en las obras citadas.

deberá confirmar por correo electrónico la recepción del acuse de recibo del vendedor ²⁵.

Algunos proveedores de servicio poseen sistemas que trabajan en combinación junto a *softwars* para mensajes de datos en una computadora personal, al grado tal que cuando el aceptante envíe un *mail*, recibirá un mensaje a su cuenta avisándole que el oferente, por ejemplo, no está en horario de atención, o algún otro mensaje parecido, por lo que el oferente no podrá haber leído el mensaje, aunque le queda notificado al aceptante que el mensaje está en la esfera de control del oferente ²⁶. Este mecanismo, que lo utiliza el receptor del mensaje —que en este caso es el oferente— funciona aún no habiéndose encendido la computadora del oferente. Sin embargo, este programa es manual, lo que implica que el oferente puede estar en horario de atención y fijarse en el *mail*, pero al no haber desactivado la notificación de su “ausencia”, ese mensaje de notificación llegará de todos modos al aceptante.

Con este ejemplo se derivan algunos cuestionamientos. En principio, la teoría del conocimiento no es viable en la contratación vía electrónica, porque como hemos mencionado da lugar a la especulación. Por otro lado, el acuse de recibo visto del modo propuesto por la doctrina actual tampoco es coherente con el tráfico negocial electrónico, si bien con el ejemplo comentado hay certeza de que el mensaje ha llegado en la esfera de control del oferente, es decir, su casilla de correo, y esto es lo que vale para la teoría de la recepción, tengamos en cuenta que no todos los programas de correos electrónicos poseen este tipo de programa que origina el mecanismo *ut supra* citado. Además, aun teniéndolo, no todos los usuarios lo tienen activado.

Dado la conveniencia de la teoría de la recepción, la cual impone el riesgo en cabeza del aceptante, es éste quien deberá procurar un sistema, derivado del *deber de información* ²⁷, que le comunique, que su mensaje de aceptación se encuentra en la esfera de control del proponente y que por ello

²⁵ GRAHAM, James A., “Luxemburgo: El proyecto de ley luxemburgués sobre el comercio electrónico”, en *Revista de Derecho Informático*, <http://www.alfa-redi.org/revista/data/12-5.asp> (acceso actualizado al día 9 de mayo de 2003).

²⁶ Un ejemplo es Microsoft Exchange 2000, en su papel de empresa de proveedor de servicios, junto al *software Outlook 2000* o XP en la computadora personal o *notebook* (laptop), el cual posee un asistente que notifica al originador del mensaje la ausencia del receptor y que por ende el mensaje no podrá ser leído.

²⁷ El deber de información es fruto de los denominados deberes de protección, los cuales están compuestos por el deber de comunicación (o información), de custodia, de seguridad y de rescate. Estos deberes de protección tienen basamento en la idea de buena fe cuya operatividad ensancha el deber obligacional. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 144.

queda perfeccionado el contrato. Creemos que el acuse de recibo es innecesario para el oferente; nos referimos a que si la doctrina aboga por la teoría de la recepción para concertar el perfeccionamiento del consentimiento contractual, esta teoría de la recepción no va de la mano con el acuse de recibo. Por ejemplo, en el mecanismo antes mencionado, el receptor del mensaje, es decir el oferente, es quien posee este sistema de notificación o acuse de recibo del mensaje; cuando en realidad es el aceptante quien debe obtener un sistema que le cerciore la recepción del mensaje al destinatario. En tal caso, es con la teoría del conocimiento donde podría haber simbiosis con el acuse de recibo, dado el hecho de que el consentimiento se perfecciona con el conocimiento de la aceptación de la oferta por parte del proponente, y ahora es él quien tiene en su cabeza el deber de información. Es totalmente factible, la corroboración de la llegada del mensaje, por el motivo que los servidores poseen un servicio adicional que permite este tipo de verificación. Por ello, *de lege ferenda* los medios electrónicos del aceptante deberán receptar un *sistema de verificación de llegada* que demuestre que el mensaje efectivamente ha alcanzado su destino, para asegurar el perfeccionamiento contractual de las tratativas continuadas vía electrónica (a la manera de una carta con notificación de llegada). Este tipo de *verificación de llegada* puede estar pactado por las partes en defecto de una ley aplicable. Pero para dar mejor viabilidad al tránsito comercial electrónico será pertinente una ley que prevea la *verificación de llegada* por parte del aceptante.

III. CONCLUSIÓN

Proponemos:

- Que en una futura reforma se admita la teoría de la recepción.
- Entendemos conveniente una interpretación amplia de la retractación vía electrónica entre ausentes que llegue al proponente simultáneamente con la aceptación retractada.
- En caso de una reforma, adherimos a los arts. 926 y 933 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de 1998.
- Postulamos, como correlato a la teoría de la recepción, que el aceptante es quien debe minimizar los riesgos del perfeccionamiento contractual y encausar la solución haciendo uso del deber de información. Por ello, el aceptante debe procurar un "*sistema de verificación de llegada* del mensaje en la esfera de control del proponente".

- Como corolario, las partes deberán pactar este sistema de verificación de llegada del mensaje; y que en una futura normativa se regule la existencia de un sistema de verificación de llegada del mensaje de datos.

IV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ACQUISTAPACE, Carlos, "Contratos de distribución de bienes y servicios informáticos de consumo masivo", JA, 1997-II-655.
- ALLEN, Tom - WIDDISON, Robin, "Can computer make contracts?", *Harvard Journal of Law & Technology*, 25, winter, 1996.
- ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- ALTMARK, Daniel R., "La etapa precontractual en los contratos informáticos", *Informática y Derecho*, vol. 7, Depalma, Buenos Aires, 2001.
- APARICIO, Juan M., *Contratos*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1997
- AZAR, María José, "El consentimiento en al contratación por Internet". LL, actualidad, jueves 19 de julio de 2001.
- BONCOMPAGNI, Tatiana, "UCITA: The rule for software contracts", *Legal Times*, october 26, 2000.
- BRIZZIO, Claudia R., "Contratación mediante *clic-wrapping*", *RCyS*, año II, n° 6, noviembre-diciembre 2000, p. 217.
- *La informática en el nuevo derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- "Regulación del contrato en la economía globalizada", *Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 3, 2001.
- DALL'AGLIO, Edgardo Jorge, "El consentimiento y los vicios de la voluntad en los contratos concluidos por computador", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aries*, t. 79, n° 1, p. 79.
- DE LORENZO, Miguel Federico, "Autoría e imputación en el ámbito contractual", LL, 1998-C-1215.
- FARINALLA, Favio, "El 'ciber-usuario': de los beneficios a los potenciales daños", ED, 186-1207.
- GAGO, Fernando, "Contratación en Internet. Legislación nacional. Aspecto intrínseco. Capacidad, objeto, consentimiento", LL, 2000-A-902.
- "Contrato en Internet. Ley aplicable - Autonomía de la voluntad", LL, 2000-C-1053.
- GAIBROIS, Luis M., "Criptografía, informática y derecho", JA, 1999-II-903.
- GOLDENBERG, Pablo - MARÍ HERNÁNDEZ, Álvaro "La contratación en Internet", ED, 170-1093.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, "Comercio electrónico y defensa del consumidor" LL, 2000-D-1003.
- "La oferta como apariencia y la aceptación basada en al confianza", LL, 2000-D-1155.
- *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- LYNCH, Horacio M., "Nota sobre el derecho en la era digital", LL, 1996-B-1157.
- MARÍ HERNÁNDEZ, Álvaro - GOLDENBERG, Pablo, "La contratación en Internet", ED, 170-1093.
- MÁRQUEZ GONZALES, José Antonio "¿Cuándo se perfecciona un contrato? Sobre contratación electrónica", <http://publicaciones.derecho.org/rede/No.36---Julio-del-2001-7>
- MCKENZIE, Paul D., "La legislación del comercio electrónico en la Republica de China", *RCyS*, año III, n° 1, enero-febrero, p. 21.

- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “Asunción de las realidades tecnológicas —informática— por el proyecto de unificación civil y comercial”, LL, 1998-A-730.
- NIUCOLAU, Noemí Lidia, “Tecnología y masificación en el derecho contractual”, LL, 1992-B-767
- PIAGGI, Ana I., “Reflexiones sobre la contratación electrónica”, LL, 1999-A-750.
- ROBERISON, Struan, J. A. “The validity of shrink-wrap Licences in Scots Law” <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/cases/98-2rob/>
- SOTO COAHUILA, Carlos Alberto, “La contratación masiva y la crisis del contrato a propósito del proyecto del CODIG Civil argentino de 1998”, LL, martes 29 de junio de 1999.
- STIGLITZ, Rubén S., *Contratos civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.