

SIMPOSIO ARGENTINO DE INFORMÁTICA Y DERECHO

TEMA 7 COMERCIO ELECTRÓNICO

SUBTEMA: 7.1 Perfeccionamiento de los Contratos

Aída Noblia: Escribana Asociación de Escribanos del Uruguay

San José 978 escritorio 603 Teléfono 902 33 80

Correo electrónico: anoblia@adinet.com.uy

- 1. Introducción.** En la contratación electrónica o telemática inciden dos de los elementos característicos del Derecho Informático: transversalidad con respecto al resto de las ramas

del Derecho y carácter predominantemente internacional, por lo que las reglas que regulan estos contratos se encuentran en todas las ramas del Derecho y en especial en el Derecho Internacional Privado o Público; gran parte de la Normativa es creada con el objetivo de homogeneizar criterios. Estas normas muestran un modelo contractual genérico subyacente, basado en determinados principios, a fin de superar la dispersión normativa y requerirá ser adaptado para cada contrato particular; se refiere a la forma del contrato y no a su contenido, pero los nuevos medios técnicos unidos a los cambios producidos en la contratación, (contratos de adhesión, contratos formulario, en serie), forman parte de la unificación del mercado que estos medios técnicos facilitan

2. Concepto de Contrato La noción de contrato está siendo afectada por la presente etapa histórica como otras varias nociones básicas del Derecho; desde la perspectiva del Derecho Continental o de “Civil Law”, a su fuente clásica: el acuerdo de voluntades, agrega la voluntad unilateral o la heterocomposición por el Poder Público en distintos grados y situaciones; en el Derecho uruguayo un ejemplo es la ley de Relaciones de consumo 17250. La normativa internacional que aborda el concepto de contrato está contenida en a Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (de 1980), Principios de Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, de 1994), proyecto de Principios de Derecho Contractual Europeo, orientaciones de la OCDE y otras más específicas sobre determinados tipos especiales de contratos internacionales. Entre la normativa internacional y las legislaciones nacionales hay diferencias conceptuales: a) en unos casos se acepta como fuente de obligaciones la sola expresión de la voluntad unilateral y en otros requiere acuerdo de dos o más partes o personas; b) en la normativa internacional se comprende no solo el concepto emergente de los sistemas de “civil law” sino el que surge del “common law” en el que la voluntad de quien asume la promesa de obligarse da lugar a un contrato. En la Convención de Viena de 1980 la manifestación de intención de quedar obligado requiere la aceptación de la contraparte; en caso de oferta irrevocable puede el oferente arrepentirse sin quedar

obligado, si su voluntad de retirar la oferta llega al destinatario antes o junto con la oferta. En el Código de Comercio Uniforme, son esenciales al contrato la obligación y el acuerdo de voluntades; define contrato como obligación que resulta del consentimiento de las partes. Según la “*Restatement of de Law Contracts*”, lo esencial es la existencia de una o varias promesas a las que el derecho considera obligatorias y dan derecho a reparación; se diferencia entre el contrato (*contract*) y el *agreement*, acuerdo de voluntades necesario para la formación de contrato pero que por sí solo no constituye contrato; hay acuerdos que no son contratos, como la compraventa de contado en que no se generan obligaciones pues las prestaciones se extinguen en el acto con la entrega del precio y del bien: no hay promesa de dar, hacer o no hacer algo. Los Principios Generales de Unidroit (Roma 1994) aplicables a los contratos internacionales civiles y comerciales, establecen que “el contrato se perfecciona por el mero acuerdo de partes sin ningún otro requisito” (art.3.2). No es necesaria una justificación (*consideration*) de la obligación como lo exige el sistema del *civil law*. En el proyecto de Principios Generales de los Contratos de la Comunidad Europea, (versión Landau), la declaración efectuada por una de las partes origina una obligación contractual, por lo que la manifestación unilateral de voluntad generaría derecho a reparación en caso de incumplimiento. Es aplicable el principio de la autonomía privada, pero estaremos o no ante un contrato según los diferentes sistemas jurídicos. Tales conceptos son aplicables a los contratos electrónicos o telemáticos en tanto no modifican el contenido de la contratación sino la forma de expresión de las voluntades contractuales. Sin un concepto unificado del término “contrato” esto constituye una fuente de posibles conflictos en la contratación electrónica. Según la legislación aplicable estaremos o no ante un contrato telemático, y podremos aplicar las normas relativas a éstos o no en relación a su perfeccionamiento, validez, eficacia, forma, cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Una cláusula usual en los contratos internacionales, telemáticos o no, es la que establece la legislación aplicable y la jurisdicción competente.

3. Contrato electrónico o telemático. Son aplicables al contrato telemático las normas generales y la teoría general del contrato. Las expresiones contratos “electrónicos” o “telemáticos” son sinónimos; consideramos más precisa esta última, por referir a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual. El contrato telemático “ se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial”.¹ El medio incide en la etapa de formación y transmisión de la voluntad contractual y en el modo de celebración, lo que se refleja en la normativa que los regula. Los principales problemas jurídicos que se generan, según Lorenzetti² se refieren a la imputabilidad de la declaración de voluntad, distribución de riesgos, formación del consentimiento y lugar y tiempo de celebración del contrato; también en la etapa de ejecución, respecto la entrega de bienes productos de la tecnología, inmateriales o intangibles, bienes digitalizados, que se realiza a través de la red; en este caso respecto a la tipicidad del contrato existen distintas posiciones: se trata de una compraventa o una prestación de servicios. La mayoría de los contratos telemáticos son de adhesión, siéndoles aplicable la regulación referente a éstos. En los contratos EDI el acuerdo marco fija las bases respecto a los puntos controvertidos. En redes abiertas como Internet respecto a la forma de manifestarse la voluntad, son considerados contratos entre presentes los contratos en que hay instantaneidad, las partes están simultáneamente conectadas a la red o adhieren a la propuesta programada en una página de ofertas, mientras que son tratados por las reglas de los contratos entre ausentes, aquellos en que no lo están, como compraventas de bienes o suministros de servicios acordadas mediante intercambio de correos electrónicos en forma discontinua. El uso del nuevo medio impone a las partes la carga de conocimiento: “quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que éste pertenece a su esfera de intereses, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario” expresa Lorenzetti.³ Así, el comerciante que tiene una página web en la que realiza oferta de productos que pueden ser adquiridos

¹ Lorenzetti, Ricardo. Los contratos electrónicos. Ed. Abeledo Perrot. B.Aiores. 2001.

² Lorenzetti, Ricardo. Los contratos electrónicos. Ed. Abeledo Perrot. B.Aires 2001

mediante aceptación en la misma página responde frente al adquirente de la seguridad del sistema tecnológico empleado, del producto, de los aspectos legales y las condiciones generales de la contratación; tiene además el deber de información y es depositario de la confianza que genera la apariencia de lo que se exhibe en la página. El comprador es responsable por el uso del medio al haber asumido el riesgo de contratar por el mismo; se deben respetar los acuerdos pactados sobre la base de la oferta, teniendo en cuenta que si se trata de una relación de consumo se rige por la legislación especial. En cuanto al efectivo conocimiento del mensaje de datos de la contraparte, se entiende que, como expresa el autor mencionado⁴ “no es necesario que el mensaje ingrese en la esfera del conocimiento intelectual, sin o en su esfera de control”, es decir, se aplica la responsabilidad por el riesgo asumido de haber establecido una relación contractual por este medio.

4. **La Directiva de Uncitral sobre Comercio Electrónico** tiene definiciones de los sujetos intervinientes en la contratación, aplicables a los comportamientos del proponente y el aceptante de un contrato, aunque la normativa se refiere genéricamente al “iniciador”, “receptor” o terminología similar, dado que abarca todo tipo de comunicaciones, contractuales o no. Un objetivo básico es poder determinar cuándo la manifestación de un sujeto por éste medio puede considerarse manifestación de voluntad válida para quedar comprendida en una contratación y cuándo se trata solamente de una expresión subjetiva que no reúne las características para dar origen al contrato. La Ley Modelo comprende los contratos que se realizan “en el contexto de actividades comerciales” (art.1), comprende actividades contractuales o no, operaciones de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, mandatos o representación comercial, factoraje, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“*leasing*”), contratos de construcción de obras, de consultoría, de ingeniería, concesión de licencias, contratos de inversión, de financiación, de banca, seguros, acuerdos de concesión o explotación de servicio público, de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial,

³ Lorenzetti, op.cit.

transporte de mercaderías o pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera, etcétera. Los Estados podrán limitar el ámbito de su aplicación estableciendo excepciones, caso de las leyes nacionales sobre Derechos del Consumidor. Entre las disposiciones generales se encuentran definiciones de “mensajes de datos”, “intercambio electrónico de datos (EDI)”, “iniciador”, “destinatario” e “intermediario” de mensajes de datos, reglas de interpretación de la Ley que remiten a su origen internacional, la necesidad de promover uniformidad en su aplicación, principio de la buena fe y, en relación a las cuestiones no resueltas por la Ley, a sus propios principios generales. En la guía para la incorporación al derecho interno se establecen los objetivos de la ley modelo , su carácter de “ley marco”, ámbito de aplicación, estructura, criterio del “equivalente funcional”; reglas de derecho supletorio y algunas con cierto carácter imperativo La guía expresa que la Ley debe ser completada por un reglamento técnico por parte de cada Estado, y recomienda a éstos “no perder de vista la necesidad de mantener la ...flexibilidad del régimen de la Ley Modelo” Según los Comentarios a la Ley, que efectuara la Comisión de Trabajo de Uncitral, se refiere a todos los mensajes de datos, aunque se expresa en el Artículo 1° que “será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales.” Respecto a los Derechos del Consumidor, se reconoce que la legislación interna puede gozar de prelación sobre el régimen de la Ley Modelo. El concepto de contrato electrónico expresa el principio de neutralidad tecnológica respecto al soporte sobre el que se asienta la voluntad; en el Capítulo I de disposiciones generales, al definir en el artículo 2 “Mensaje de datos” se refiere a los distintos medios que pueden utilizarse a efectos de la emisión y circulación de los mensajes en forma no taxativa; puede tratarse de “medios electrónicos, ópticos o similares” “entre otros el intercambio electrónico de datos (EDI), el telegrama, el télex o el telefax..”. La terminología empleada es técnica y formal, utilizándose expresiones que aunque hasta ahora fueron ajenas al Derecho en general, surgen de la semiótica desde hace más de dos décadas; esta ciencia del lenguaje ha evolucionado notoriamente y constituye un auxiliar imprescindible de la informática

⁴ Lorenzetti, op.cit.

jurídica y del Derecho informático. La expresión “mensaje de datos” se refiere a la forma de manifestar la voluntad; no deriva de una diferencia conceptual respecto al contrato sino de esta aplicación de la semiótica, que se torna necesaria dado que el nuevo medio telemático presenta opciones que no existían en la tecnología anterior del papel. La Ley modelo regula las posibilidades técnicas que se refieren al nuevo soporte; pero también los contratos escritos y los verbales son mensajes de datos que se transmiten de un emisor a un receptor. El Capítulo referente a “Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos”, según la Guía, tiene cierto carácter imperativo en tanto expresa el “mínimo aceptable” en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico. El fundamento del carácter imperativo es que las reglas contenidas en el Capítulo II “pueden considerarse como un conjunto de excepciones al régimen tradicionalmente aplicable a la forma de las operaciones jurídicas. Ese régimen tradicional acostumbra a ser de carácter imperativo, refleja decisiones inspiradas en principios de orden público interno.” La finalidad de eliminar obstáculos al empleo de las nuevas técnicas, dotar de certeza al empleo de dichas formas y de eliminar incertidumbres justifica tal carácter, pero se aclara que ello no debe ser entendido “como una invitación a establecer requisitos más estrictos que los enunciados en la Ley Modelo”. La referencia a “medios similares” implica que la Ley modelo pretende regir no solo las técnicas actuales de comunicación, sino aplicarse a todos los avances técnicos previsible; comprende cualquier medio de comunicación y archivo de información que se preste a ser utilizado para alguna de las funciones desempeñadas por los medios enumerados en la definición, aunque, por ejemplo, no cabe decir que un medio “óptico” de comunicación sea estrictamente similar a un medio “electrónico”. La definición de “mensaje de datos” abarca todo tipo de mensajes generados, archivados o comunicados en alguna forma básicamente distinta del papel; comprende también la revocación o modificación de un mensaje de datos.⁵

4.1 Mensaje de datos electrónico. Validez y eficacia jurídica. La validez que se pretende promover “es la correspondiente a una utilización eficiente de las vías electrónicas de negociación al establecer un marco de seguridad y al atribuir al mensaje

⁵ Ver la Guía en www.uncitral.org

escrito y al mensaje electrónico idéntica validez jurídica.”⁶ El capítulo III refiere a la comunicación de los mensajes de datos en cuanto a la formación y validez de los contratos, reconocimiento por las partes y atribución, así como al acuse de recibo y fijación de tiempo y lugar de envío y recepción de los mensajes de datos que constituyan oferta y aceptación. La validez y eficacia del contrato electrónico o telemático es igual a la del contrato escrito según la Ley modelo; resultan también aplicables los criterios de la equivalencia funcional y de no discriminación. En los documentos en papel existen variantes formales: pueden ser escritos con o sin firma, privados o públicos; la equivalencia funcional del documento electrónico con el documento escrito sería con el documento privado sin firma; si el documento electrónico tuviera firma numérica, electrónica o digital, tendrá diferentes grados de validez que lo asemejan a un documento firmado en forma manuscrita, con diferentes variantes. El artículo 11, que regula la formación y validez de los contratos, no pretende interferir ni modificar el régimen referente a la formación y validez de los contratos, según la guía, pero trata sobre la forma de expresar la oferta y su aceptación, con la finalidad de eliminar incertidumbres al respecto, dado que en este tipo de contratos no existe documento escrito y es posible que el mismo se perfeccione sin intervención humana inmediata. **4.2 Forma de la oferta y aceptación** El artículo 13 establece dos supuestos:1) el propio contratante envía el mensaje de datos (el “iniciador”) con la propuesta;2) existen dos posibilidades: a) otra persona envía el mensaje de datos en representación del contratante, mandatario contractual o representante legal o b) el mensaje de datos es enviado por un sistema de información programado por el contratante o por otra persona en su nombre: el sistema actúa automáticamente pero se atribuye el mensaje a la parte del contrato. Respecto al contrato escrito, el supuesto más novedoso es éste último en tanto podría considerarse que no hay una manifestación expresa de voluntad; sin embargo, tal manifestación se da al programar cada computadora con determinadas opciones que son seleccionadas por el proponente y consideradas por el destinatario como propuestas, entre las que elige según su voluntad la opción que acepta. El destinatario del mensaje, puede ser

⁶ Ibid nota 8

el aceptante de una propuesta contractual o el propio proponente que recibe otro mensaje relativo a la relación contractual, ya sea de aceptación, de rechazo, de modificación o de contra propuesta. De acuerdo al numeral 3 del artículo 13, el destinatario debe tomar ciertas precauciones de orden técnico para tener derecho a considerar que el mensaje recibido es vinculante desde el punto de vista contractual: debe utilizar un método de comprobación con relación a la autoría del mensaje. Hay dos opciones: 1) las partes han aceptado previamente un procedimiento determinado para comprobar la autoría del mensaje, es decir, que el mensaje proviene de la otra parte, acordaron por ejemplo el uso de firmas electrónicas en general, claves, contraseñas, fax, etcétera 2) un tercero relacionado con el emisor del mensaje o con un mandatario de éste, proporciona al destinatario el acceso a algún método que el proponente o contratante utiliza para identificar como propios los mensajes de datos que emite, por ejemplo un tercero de confianza, prestador de servicios de firma digital que fuere depositario de la clave pública del iniciador. En este último caso se está ante el supuesto de un uso habitual de dicho método por parte del emisor o “iniciador” como lo denomina la Ley Modelo. Este derecho del destinatario cesa en dos circunstancias: a) si el destinatario es informado por el iniciador de que no fue él quien envió el mensaje y existe un “plazo razonable” para que el destinatario actúe en consecuencia b) en el caso de que el destinatario conoce o debe conocer que ese mensaje no provenía del iniciador. La situación planteada en el inciso b) que antecede tiene como requisito la debida diligencia en el actuar del destinatario o que, habiendo convenido algún método para comprobar la autoría del mensaje, aún cuando no lo hubiera utilizado efectivamente, de haberlo hecho, hubiera resultado la no autoría. En estos dos casos no se aplica el párrafo 3 que es el que establece que el destinatario “tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador y a actuar en consecuencia”. En ambos casos rige el principio de la autonomía privada: se da prioridad al acuerdo previo entre las partes sobre la forma y se prevé una regulación supletoria de ese acuerdo. **4.3 Acuse de recibo.** En ausencia de acuerdo entre las partes sobre este punto, surte efecto toda comunicación del destinatario automatizada o no, o todo acto de éste que indique que ha recibido el mensaje. Existe por

tanto en la Ley Modelo una regulación bastante precisa del nuevo medio en cuanto a la forma de expresar las voluntades contractuales, lo cual también se pone de manifiesto en el artículo 14, referente al acuse de recibo. Rige el principio de la buena fe, expresado en forma genérica como criterio rector y de interpretación y se exterioriza más particularmente en las presunciones, en el derecho del destinatario a considerar que el mensaje proviene del iniciador, según el párrafo 3 del artículo 13 que se comentó, también en el acuse de recibo y otras disposiciones de esta Ley Modelo. El acuse de recibo tiene permite enterar a la contraparte de que su co-contratante ha tomado conocimiento, ya sea de la propuesta o de la aceptación o modificación de un contrato o de determinadas condiciones del mismo. A partir de ese momento puede que comience a correr plazo para responder, según se haya pactado; si no se pactó así, rige el criterio de la razonabilidad, por lo que desde este momento debe considerarse que comienza un plazo razonable para la respuesta o para el cumplimiento de la obligación en su caso. Se establece como primer criterio el de la autonomía privada: se estará a lo que hayan acordado las partes al respecto; de no ser así el artículo 14 establece un régimen supletorio con criterio amplio: el destinatario podrá utilizar cualquier tipo de comunicación automatizada o no, o realizar un acto que indique que ha recibido el mensaje de datos. Se establece una presunción de que se ha recibido el mensaje cuando el iniciador recibe acuse de recibo del destinatario; la presunción no alcanza al contenido del mensaje, salvo en lo referente a normas técnicas: si el acuse de recibo expresa que el mensaje recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados por alguna norma técnica aplicable, se presume que esto es así. Si ambas partes entienden que se cumple la norma técnica, se entiende cumplida, sin otra verificación; esta presunción admite prueba en contrario por tratarse de presunción simple. Respecto al tiempo y lugar de envío, salvo pacto en contrario, el mensaje de datos se tiene por expedido cuando entra en el sistema de información que no esté bajo control del iniciador, y es recibido cuando entra en el sistema de información designado o en el momento en que el destinatario recupere el mensaje, en el caso de que no se enviare al sistema designado por el destinatario. De no haberse designado ningún sistema la

recepción tiene lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario. **4.4 Momento de celebración del contrato. Perfeccionamiento.** El tiempo y lugar de envío del mensaje de datos define el tiempo y lugar de celebración del contrato. Estas circunstancias de hecho constituyen los elementos fácticos sobre los cuales las legislaciones nacionales e internacionales se basan para establecer no solo el momento de nacimiento de las obligaciones contractuales, transmisión de riesgos, etcétera, sino también para fijar la legislación aplicable y los Tribunales competentes. Al respecto, rige el principio de la autonomía privada, siendo el régimen establecido supletorio de la voluntad de las partes. Si bien la Ley Modelo no se pronuncia por ninguna de las doctrinas al respecto de cuál es el momento de celebración del contrato, fija los criterios por los cuales determinar con mayor exactitud posible el hecho generador del mismo, es decir, tanto el momento en que se considera realizada la oferta como el de la aceptación; de acuerdo a las diferentes teorías que rijan según las distintas normas, como ya se vio, el momento de celebración del contrato será el de la emisión, la recepción, la aceptación o el efectivo conocimiento. El momento en que debe considerarse que la oferta fue recibida por el aceptante es aquél en que el mensaje de datos que la contiene entra en el sistema de información designado por el aceptante; el mismo criterio se establece para la aceptación, que se entiende recibida cuando entra en el sistema de información del oferente; no se regula sobre el contenido del mensaje de datos sino sobre la forma de expresión de los contenidos contractuales, ya se trate de la oferta o de la aceptación o de cualquier otro tipo de comunicación entre ellas o entre personas que no otorgan un contrato sino que solamente establecen una comunicación por medio de este tipo de mensajes. Se prevé además la situación de que el mensaje fuera enviado a otro sistema, caso en el cual se considera recibido en el momento en que el destinatario lo recupere. Si el oferente no designó un sistema de información la aceptación se considerará recibida cuando entra en el sistema de información del oferente, es decir, el que es conocido por tal, al igual que sucede con el mensaje del aceptante, respecto a la oferta. Teniendo en cuenta las reglas de interpretación establecidas en la propia ley Modelo (art.3) es decir, su carácter internacional, la necesidad de promover la

uniformidad de su aplicación, la observancia de la buena fe y además lo dispuesto en el numeral 2) del mismo artículo 3, según el cual “Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira”, podemos entender que los principios que la inspiran y la necesidad de promover la uniformidad hacen aplicables a todos los contratos las reglas establecidas para las compraventas de mercaderías. La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías que rige en el caso de este tipo de contratos, establece como momento de perfeccionamiento del contrato el de la recepción de la aceptación, por parte del oferente. Según el artículo 23 de la Convención **“el contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”**. El artículo 18 parágrafo 2) dice: **“La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente.”**; también establece el principio de la libertad de formas para la aceptación, “ Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento”, debiendo efectuarse por signos positivos ya que “el silencio o la inacción por sí solos no constituirán aceptación.” El proyecto de Ley modelo de CNUDMI sobre contratos electrónicos adopta similar solución.

4.5 Lugar de celebración del contrato La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico no establece nada al respecto; es aplicable la Convención referida en cuanto se trate de contratos comprendidos en ella, las normas de Derecho Internacional Privado con relación a los contratos internacionales y la normativa interna de cada país en caso de contratos que se realizan en el ámbito nacional. Según cuál sea la teoría que se acepte respecto al perfeccionamiento del contrato, éste se habrá celebrado en el lugar de la emisión de la propuesta, de su recepción por el aceptante, de la recepción del mensaje de datos del aceptante por parte del proponente o del momento en que la aceptación entre en el sistema informático del proponente. En la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías el criterio es que el contrato “se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta” (art.23) y “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente”.

Siempre que llegue dentro del plazo fijado por el oferente, de existir plazo (art.8 inc.2) La regla de interpretación de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, artículo3 apartado 2) establece que “las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira” y entre éstos principios, en el apartado 1) que se refiere a la interpretación de la Ley establece que se deberá tener en cuenta su origen internacional y “la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.” Las reglas que se aplican a la compraventa de mercaderías se aplican a las que se realicen por medios electrónicos, por el principio de no discriminación y a otro tipo de contratos por el principio de analogía; este criterio implica promover la uniformidad en la aplicación: se aplicaría el mismo criterio a la contratación electrónica que a los contratos realizados en soporte papel. La Convención fija pautas; en el artículo 23 al regular el momento de perfeccionamiento del contrato: si el contrato se perfecciona “en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta”, el lugar de celebración es aquél en que se produce éste hecho; según el apartado 1) del artículo 15 de la misma Convención “La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario” y es entonces cuando el mensaje de datos del aceptante llega al oferente. El **domicilio del oferente** constituye entonces el punto de conexión para determinar cuál es el lugar de celebración del contrato. El numeral 4) del artículo 15 de la Ley Modelo establece que el mensaje de datos del oferente se considera emitido en el lugar donde tiene su **establecimiento principal**, aunque haya sido emitido en otro, al igual que el del aceptante, por lo que el lugar de celebración del contrato sería aquél en que el oferente tiene su establecimiento y si tiene más de uno, en el domicilio que guarda una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haberla, el de la residencia habitual del oferente, independientemente del lugar en que se ubiquen los sistemas de información en que efectivamente se hubieran emitido los mensajes de datos conteniendo la oferta y la aceptación. Se aplica el criterio de buena fe, ya que se evita que la posibilidad real de emitir mensajes desde cualquier punto del planeta pueda incidir en la determinación de la legislación aplicable y la jurisdicción competente, en caso de conflictos. Estas normas se

aplican para contratos entre empresas ya que quedan a salvo las disposiciones sobre los derechos del consumidor, que podrán ser exceptuados por las legislaciones nacionales, y en los cuales en general se establece como lugar del contrato el del domicilio del consumidor, como garantía de sus derechos, en protección de lo que se considera la parte débil del contrato.

5. La Directiva europea sobre comercio electrónico 2000/31 de 8 de junio de 2000 establece que “el acuse de recibo expedido por un prestador de servicios puede consistir en suministrar en línea un servicio pagado.”⁷ Aclara que no afecta la posibilidad de los Estados de mantener o establecer regímenes específicos o generales en materia de contratos que pueden cumplirse por vía electrónica, en particular los relativos a la seguridad de las firmas electrónicas, los contratos “que requieren intervención de los tribunales, autoridades públicas o profesiones que ejerzan una función pública para surtir efectos frente a terceros, así como también a los contratos que requieran por ley, la certificación o la fe pública notarial.”⁸ Las legislaciones de los países europeos reconocen la intervención de los notarios en el ámbito electrónico, regulando su función. En cuanto al concepto de “establecimiento” en aquél lugar físico donde se realiza una actividad económica efectiva durante un período indefinido, independizándolo, en el caso de actividades desarrolladas a través de Internet, del lugar donde está la tecnología o se accede al sitio. Son comunicaciones comerciales “todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones regladas.”⁹ Se establece la obligación por parte de los Estados miembros de adaptar su legislación a efectos de permitir y facilitar la contratación electrónica, aunque pueden fijar restricciones respecto a cuatro ámbitos: 1) contratos de creación o transferencia de derecho en materia inmobiliaria, salvo arrendamiento 2) los que requieren por ley la intervención de tribunales o

⁷ Directiva citada nota 11

⁸ Idem nota 12

⁹ Directiva europea citada en notas anteriores

profesionales que ejerzan una función pública, 3) contratos de crédito y caución y las garantías ajenas a la actividad económica o profesional de quien las presenta, 4) contratos en materia de Derecho de familia o sucesiones (artículo 9) En los considerandos se explica el fundamento de esta disposición: “Es necesario excluír del ámbito de aplicación de la presente Directiva algunas actividades habida cuenta de que en el momento presente, la libre circulación de servicios no puede quedar garantizada con arreglo al Tratado o al actual Derecho comunitario derivado. Esta exclusión no va en perjuicio de los posibles instrumentos que puedan resultar necesarios para el buen funcionamiento del mercado interior...” (considerando 12) Se establecen : A) **Requisitos de los contratos referentes al deber de información** La Directiva regula en el artículo 6 la información exigida en las comunicaciones comerciales y en el artículo 9 la que se refiere a los contratos por vía electrónica; en el primer caso se incluye la oferta promocional como descuentos, premios o regalos y establece que deben ser claramente identificables como tales dichas comunicaciones comerciales, la persona física o jurídica en nombre de la que se hacen esas comunicaciones, así como las referidas ofertas, las de concursos y juegos promocionales permitidos. B) **Deber de diligencia del prestador de servicios respecto a los datos alojados** C) **Requisitos del pedido y acuse de recibo** La realización de un pedido exige requisitos: 1) el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin retrasos indebidos y por vía electrónica 2) el pedido y el acuse de recibo se consideran recibidos cuando las partes a las que se dirigen pueden tener acceso a los mismos, lo que constituye una garantía para el destinatario aunque al mismo tiempo plantea la dificultad de determinar el momento en que las partes pueden tener dicho acceso. El incumplimiento de los precedentes incisos A, B o C aparejan responsabilidades e incluso pueden tener como consecuencia el hecho de considerar no perfeccionado el contrato, según los casos.

