Universidad de
SanAndrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

LA (NO TAN) NUEVA FORMA DE CONTRATACIÓN QUE ENCONTRÓ SU AUGE EN LA PANDEMIA Y NECESITA REGULACIÓN

Autor: Ibáñez, Guadalupe

Legajo: 29185

Mentor: Bericua, Marina

Victoria, julio de 2022

Guadalupe Ibáñez
29185

La (no tan) nueva forma de contratación que encontró su auge en la pandemia y necesita regulación

"To give people the power to build community and bring the world closer together" Facebook´s mission statement by **Mark Zuckerberg**

RESUMEN / ABSTRACT

El COVID-19 y el consecuente confinamiento obligatorio han impactado de manera directa y significativa en la industria del comercio a lo largo y a lo ancho del mapa. El gobierno argentino adoptó durante los años 2020 y 2021 medidas extremadamente restrictivas en cuanto a movilidad y reuniones sociales y, como consecuencia de ello, consumidores y proveedores se vieron obligados a realizar el intercambio de bienes y servicios a través de medios digitales.

Ahora bien, el problema al que se avoca este trabajo final de grado es el hecho de que tanto los usuarios/consumidores como los proveedores de la República Argentina se vieron enormemente limitados por las desventajas legales y jurídicas en cuanto a regulación y ordenamiento de la contratación electrónica. El Código Civil y Comercial Argentino receptó el instituto del contrato electrónico pero incorporándolo dentro de las "modalidades especiales" del capítulo de los contratos de consumo y en lo relativo a las normas correspondientes al *consentimiento entre ausentes*, por ende distintos autores acuerdan en considerar que, entonces, las disposiciones allí incluidas son solo aplicables a los contratos electrónicos de consumo y que, a causa de ello, cualquier otro tipo de contrato electrónico no tendrá un tratamiento específico y, como consecuencia, su validez dependerá de poder demostrar, en el futuro, la prueba del acto jurídico.

El presente analiza las normas relevantes para la contratación electrónica, a saber, el Código Civil y Comercial, la Ley de Firma Digital y la Ley de Defensa del Consumidor y, a través de ello, trata de instruir al lector para que reconsidere el paradigma del contrato tradicional como la única manera de contratación segura, manifestando los claros beneficios de la digitalización y la masividad en la sociedad de la información. Consiguientemente analiza los tres pilares que se deberán tener en cuenta a la hora de pensar una futura regulación de la contratación electrónica: identidad, autenticación y consentimiento y hace un análisis de la contratación electrónica en Colombia, España, Estados Unidos y la Comunidad Europea.

Por último, la tesis pretende hacer un llamado de atención a los legisladores argentinos, contemplando una interesante propuesta regulatoria de contratación electrónica que brinde seguridad jurídica y, como consecuencia, permita normalizar el uso de los contratos electrónicos en el territorio de la Nación.

Universidad de San Andrés

CUESTIONES PRELIMINARES

Los contratos electrónicos son una de las grandes innovaciones que incluyó nuestro Nuevo Código Civil y Comercial (en adelante "CCyC") vigente desde el 1 de agosto de 2015.

De acuerdo con John Grover Dorado, un contrato electrónico es "aquel acuerdo de voluntad cuya celebración se perfecciona sin la presencia física de las partes contratantes y a través del uso de medios electrónicos"[1]. Evidentemente, el autor hace alusión a la idea de la presencia *física* porque, como sabemos, con Internet se puede estar presente tanto de manera sincrónica como asincrónica. Con esto me refiero a que las tecnologías han avanzado de tal manera que cuesta afirmar que los contratos celebrados a través del uso de medios electrónicos sean verdaderamente "contratos entre ausentes". Hoy nuestro CCyC dice que la presencialidad es actuar simultánea y directamente y, en la mayoría de las veces, contratar de manera remota o electrónica lo es.

El lector se preguntará por qué es importante analizar esta "innovación" de la contratación electrónica y la respuesta es muy sencilla. A pesar de que el CCyC receptó el instituto del contrato electrónico, no lo incluyó como una entidad específica sino que se lo incorporó dentro de las "modalidades especiales" del capítulo de los contratos de consumo y en lo relativo a las normas correspondientes al *consentimiento entre ausentes*. A raíz de ello, autores como Noriega, Maggio y Balbi consideran que, entonces, las disposiciones allí incluidas son solo aplicables a los contratos electrónicos de consumo y no al resto de los infinitos contratos electrónicos que podrían celebrarse.

Hoy en día las tecnologías de la información y las comunicaciones (en adelante "TICs") son parte de la vida cotidiana de los humanos y, como afirman muchos autores, "la contratación tradicional está destinada a convertirse en una modalidad atípica, reservada para casos especialísimos"[2]. La pandemia de COVID-19 —al margen todas las consecuencias negativas que seguimos padeciendo hoy en día— puso en agenda la necesidad de adecuar nuestro sistema legal a la nueva dinámica de los negocios, ya que las disposiciones mundiales de aislamiento dejaron en evidencia que las formas tradicionales de contratación no iban a poder llevarse a cabo dado que los encuentros presenciales, más aún los internacionales, dejaron de ser una alternativa posible para los contratantes. Fue así que, durante un tiempo, el uso de las herramientas digitales fue la única manera posible para realizar negocios jurídicos y, a raíz de ello, se dio el "auge" de la contratación electrónica.

[1] Noriega, Nina. "Contratos inteligentes, contratos electrónicos. Disrupción en el mundo jurídico argentino". Lejister (2019), https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=64154e2cf2fdaafe6776c8c1b8e34dd4&hash_t=f89218ab27405b1f3c53aff8378e6dee (Consultado el 13 de julio de 2021).
[2] Op. Cit.

Aunque la pandemia de COVID-19 nos obligó a “desprendernos del papel” y de las formalidades tradicionales de contratación, siguen existiendo muchos casos de empresas o personas físicas que aún se resisten y son reacias a documentar transacciones por medio de contratos electrónicos. El fundamento de ello es la inseguridad jurídica ocasionada por la escasa y deficiente regulación vigente en nuestro país en lo concerniente a la temática objeto de análisis que, como consecuencia, deja todo en manos de poder demostrar, en el futuro, la prueba del acto jurídico.

Dado que durante el año 2020 Argentina fue el país del mundo con mayor crecimiento en penetración del comercio electrónico –con un crecimiento del 84%[3] durante el mes de abril de 2020 en comparación con un mes promedio del primer trimestre de 2020–, no es razonable que los habitantes no puedan contratar de manera segura desde el punto de vista jurídico. El aislamiento social obligatorio ha generado que la compra de distintos bienes esenciales a través de Internet sea la única opción posible para los argentinos y como consecuencia de ello, las ventas de bienes esenciales online tuvieron un crecimiento de 10 puntos[4] en abril. Asimismo, casi el 40% de las órdenes de compra fueron realizadas por nuevos clientes[5]. Es por todo esto que cobra especial relevancia el análisis que se realizará en el presente trabajo.

OBJETIVO

¿El contrato electrónico tiene los mismos efectos que los contratos celebrados “entre presentes”? ¿Las normas que tenemos actualmente en Argentina son de posible aplicación? ¿Son suficientes? ¿Hay lagunas jurídicas? Estos son solo algunos de los interrogantes que surgen frente al instituto del contrato electrónico que no cuenta con una normativa específica en nuestro ordenamiento jurídico.

El objetivo de la tesis es demostrar que la teoría general de contratos necesita reconfigurar e incluir estas innovaciones de manera de brindarle al ciudadano común y a los distintos tipos de sociedades la seguridad jurídica que merecen. La falta de marco legal en cuanto a contratos electrónicos hace que la prueba se convierta en esencial tanto en el proceso judicial como de forma extrajudicial y esto no parece razonable en el año 2022 teniendo en cuenta que vivimos en la sociedad de la información donde predomina claramente la utilización de vías electrónicas y/o digitales.

Dado que en esta sociedad de la información la tendencia se encamina directamente hacia la digitalización, la regulación contractual electrónica es indispensable para poder aprovechar infinitas posibilidades: contratar con gente a lo largo y a lo ancho del mapa cosa que, años atrás,

[3] Cámara Argentina de Comercio Electrónico. “Reporte de gestión 2020” (2020), https://cace.org.ar/uploads/config/InformeCACE_Full_Final.pdf (Consultado el 30 de mayo de 2022).
[4] Op. Cit.
[5] Op. Cit.

era impensado. Lo cierto es que la realidad se le ha adelantado al derecho argentino y éste debe adaptarse, otorgándole simplicidad y beneficios a todos los que quieran contratar por vías electrónicas o digitales. Estamos frente a una necesidad impostergable de crear una normativa útil que nos permita dirigirnos hacia la modernización y digitalización en el área de los negocios, fomentando de esta manera el desarrollo económico y la seguridad jurídica.

Como dice Mark Zuckerberg, creador y fundador de Facebook, hay que darle a las personas el poder de construir una comunidad y de unir al mundo.

METODOLOGÍA

En primer lugar, se identificarán las distintas definiciones de lo que los diversos autores entienden por contrato electrónico y se diferenciarán los contratos electrónicos puros de los mixtos. Seguido a ello, se consignará la situación que se generó a raíz de la pandemia de COVID-19: el auge de la contratación electrónica.

Para el análisis del auge de la contratación electrónica generada por la pandemia se tendrán en consideración las tres grandes normas que conciernen a la temática: el Código Civil y Comercial, la Ley de Firma Digital y la Ley de Defensa del Consumidor. Asimismo, se consignará jurisprudencia tanto a favor como en contra de la obligatoriedad de los contratos electrónicos, mostrando la evidente necesidad de una regulación concreta para que la cuestión no termine quedando siempre en manos de los jueces y obligando a las partes contratantes a empeñar mucho esfuerzo para lograr la prueba concreta del acto jurídico.

Finalmente, se efectuará un análisis de derecho comparado para ver cómo Argentina se compara frente a las regulaciones de otros países tanto de América como de Europa. Para ello se analizarán las legislaciones de España y Colombia como países de habla hispana situados en distintos continentes, Estados Unidos como el país americano pionero en tecnología y la Unión Europea como ejemplo de corporación política de derecho que se constituyó, justamente, para propiciar y acoger la integración y gobernanza en común de los países miembros.

Por último, las conclusiones buscarán que el lector reflexione sobre la urgente necesidad de regular el instituto de los contratos electrónicos en nuestro país bajo el riesgo de quedar excluidos y apartados del mundo globalizado del que somos parte, proponiendo una interesante regulación que considere el hecho de que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación plantean nuevas exigencias de contratación que deben ser satisfechas lo antes posible.

Universidad de San Andrés

ÍNDICE

I. ¿Qué es un contrato electrónico? 7
A. Diferencia entre contrato electrónico puro y mixto 8
B. El auge de la contratación electrónica puesto de manifiesto por la pandemia de COVID-19 9

II. Normas relevantes para la contratación electrónica 12
A. Código Civil y Comercial 12
B. Ley de Firma Digital 16
C. Ley de Defensa del Consumidor 22

III. Reconsideración del paradigma del contrato tradicional como única manera de contratación segura 24
A. Los beneficios de la digitalización 26
B. La masividad en la Sociedad de la Información 27
1. Correos electrónicos 27
2. Sistemas de mensajería instantánea 31
3. E-commerce y derecho de consumo: plataformas de compraventa 32

IV. Temas esenciales a considerar para la regulación de la contratación electrónica ... 35
A. Identidad 35
B. Autenticación 38
C. Consentimiento 40
D. Desafíos que supone la regulación 41

V. Derecho comparado 42
A. Colombia 42
B. España 44
C. Estados Unidos 46
D. Comunidad Europea (C.E.) 47

VI. Consideraciones finales 48

VII. Bibliografía 51

Universidad de San Andrés

I. ¿Qué es un contrato electrónico?

Los humanos construimos conceptos para procesar la información que nos proporciona el entorno y los utilizamos como marco de referencia para la comprensión del mundo y de lo que nos rodea. Por ello, para comenzar con el análisis de la contratación electrónica es menester, en primer lugar, señalar qué es lo que distintos autores entienden por el concepto de "contrato electrónico".

Bielli y Ordoñez, reconocidos miembros del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (en adelante "IADPI"), definen al instituto del contrato electrónico como aquel "acuerdo de voluntades entre dos o más partes, quienes expresan su consentimiento de manera virtual, a través de diversos artefactos tecnológicos y del uso de redes locales o globales de comunicación, con la finalidad de obligarse y producir determinados efectos jurídicos patrimoniales, y con independencia de cualquier límite físico, geográfico o temporal"[6].

Otros autores, en cambio, nos brindan definiciones más amplias. Feldstein de Cárdenas, citada por Noriega, define a los contratos electrónicos como "aquellos acuerdos de voluntades celebrados mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos"[7].

Fredy Bautista, por su parte, define al instituto como los "arreglos de voluntades celebrados a través de medios electrónicos por los cuales las partes, dos o más sujetos, establecen obligaciones exigibles, voluntariamente"[8]. Asimismo, el autor agrega algo interesante al explicar que los contratos electrónicos no son, de ninguna manera, diferentes a los contratos que podríamos llamar tradicionales, ni tampoco su objeto refiere a elementos electrónicos solamente. El contrato electrónico puede tener el mismo objeto que el contrato tradicional; la única diferencia es que es celebrado utilizando algún medio electrónico o tecnológico. Esto quiere decir que el contrato electrónico no es un tipo de contrato especial, sino que va a ser electrónico independientemente de cuál sea su objeto, siempre y cuando se celebre usando algún medio tecnológico o electrónico.

Así podemos concluir que, entonces, un contrato electrónico es, tal y como define nuestro CCyC en su artículo 957 "el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas

---

[6] Bielli, Gastón Enrique y Ordoñez, Carlos J. "El Covid y la hiperexpansion de la contratación electrónica". Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (2020), https://iadpi.com.ar/2020/08/05/nuevas-metodologias-de-contratacion-electronica/ (Consultado el 13 de julio de 2021).
[7] Noriega, Nina. "Contratos inteligentes, contratos electrónicos. Disrupción en el mundo jurídico argentino" (2019), https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=64154e2cf2fdaafe6776c8c1b8e34dd4&hash_t=f89218ab27405b1f3c53aff8378e6dee#:~:text=Si%20es%20bien%20cierto%20que,ejecutadas%20frente%20a%20determinadas%20situaciones (Consultado el 13 de julio de 2021).
[8] Bautista, Fredy. "Las contrataciones electrónicas en tiempos de cuarentena, validez de los contratos electrónicos". Crowe (2020), https://www.crowe.com/ve/insights/posibilidad-cierta-de-contratar-electronicamente (Consultado el 13 de julio de 2021).

patrimoniales" siempre y cuando dicho acto jurídico sea celebrado a través de medios electrónicos, tal y como su propio nombre lo indica[9].

A. Diferencia entre contrato electrónico puro y mixto

Una vez definido el concepto de "contrato electrónico", es pertinente pasar a un segundo análisis: el de clasificar los contratos electrónicos según la forma en la que se emiten las declaraciones de las partes contratantes. Por un lado, tenemos los contratos electrónicos puros que se realizan meramente de manera electrónica y que se engloban en lo que sería el famoso comercio electrónico dentro de los contratos de adhesión y click-wrap. Un ejemplo de contrato electrónico puro sería, a saber, una compra de zapatillas (o de cualquier otro bien) realizada por cualquier comprador mediante la plataforma de Mercado Libre.

Para comprar en Mercado Libre, el individuo ingresa al sitio web desde su dispositivo móvil o computadora, se crea una cuenta donde ingresa distintos datos personales, valida su cuenta mediante correo electrónico y ya puede comenzar a utilizar y comprar a través de la plataforma. Para comprar, el consumidor selecciona el producto, lo agrega al carrito, paga el precio del producto, el costo de envío de ser aplicable, elige el método de pago y finaliza la transacción. Con estos sencillos pasos el consumidor realiza la compra con éxito y recibe el producto en su casa o en el punto de entrega que haya seleccionado. Por lo tanto, queda evidenciado que se trata de un tipo de contratación electrónica pura donde todo el proceso es llevado adelante meramente de manera electrónica.

Ahora bien, por otro lado, tenemos los contratos electrónicos mixtos, que son los que utilizan una mezcla de medios electrónicos y tradicionales, donde el uso de firma electrónica o digital pasa a tener un rol preponderante y protagónico. En este caso, el ejemplo clásico que receptan los diferentes doctrinarios es el de descargar un formulario de solicitud de pedido para enviarlo por correo postal.

Dicho lo anterior surge que, a diferencia de lo que asienta la creencia común, un contrato electrónico no es solamente aquella compra celebrada a través de plataformas como Mercado Libre, OLX o el shop online de alguna tienda, sino todo acuerdo de voluntad entre dos o más personas que ha sido celebrado mediante la utilización de algún medio electrónico o tecnológico en alguna de las etapas del proceso.

Por lo tanto –y cuestión muy importante para el trabajo bajo análisis– podemos afirmar que es contrato electrónico también aquel documento cuyo formato es idéntico al de un contrato tradicional pero con la diferencia que, en lugar de juntarse las partes a firmarlo de manera ológrafa

[9] Definición propia

y presencial, cada uno inserta su firma digital o firma electrónica estando ellos *a "distancia"*. Me reservo la facultad de entrecomillar la palabra distancia porque las tecnologías de hoy en día son tan avanzadas que es difícil afirmar que un contrato celebrado a través de medios electrónicos sea realmente un contrato entre personas que están distanciadas porque distintas plataformas como Zoom, Skype, Google Meet o Microsoft Teams permiten que los usuarios compartan archivos para colaborar de manera conjunta. Por ello, desde mi perspectiva sería forzado argumentar que la presencialidad de la que habla nuestro CCyC al exigir que se actúe simultánea y directamente no esté contemplada en la actividad de contratar electrónicamente.

B. El auge de la contratación electrónica puesto de manifiesto por la pandemia de COVID-19

Como es de público conocimiento, el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del COVID-19 como una pandemia. A raíz de esto, el Poder Ejecutivo Nacional Argentino (en adelante "PEN") comenzó a adoptar una serie de disposiciones con el fin de contener la propagación del nuevo coronavirus y tomar las acciones pertinentes de preparación en los establecimientos de salud de todo el país. Para ello, se generó una situación excepcional nunca antes vista en la historia argentina, y con medidas tan extremas como el aislamiento social, preventivo y obligatorio (en adelante "ASPO").

Es claro que todas las disposiciones tomadas produjeron —y lamentablemente siguen produciendo— un cambio en la forma en la que vivimos y nos relacionamos como sociedad. No obstante, el cambio más profundo y severo fue, notoriamente, el confinamiento obligatorio y el cierre o la grave afectación de las actividades productivas y empresariales, muchas de las cuales no tuvieron, hasta el día de hoy, manera de recuperarse.

Mediante la emisión de los Decretos N° 260 y 296, el Gobierno declaró el estado de emergencia y la cuarentena obligatoria, situación que lo autorizaba a aplicar un régimen de excepción, y lo facultaba para disponer y asignar recursos con mayor flexibilidad. Asimismo, mediante la emisión de estos decretos, el PEN contó con la posibilidad de disponer la limitación y/o restricción temporal de derechos y libertades, como lo son: la libertad de circulación, la libertad de comercio, la libertad de asociación, la libertad de culto, entre otros.

La interrupción de la actividad comercial impuesta por el PEN —más allá de la constitucionalidad o no de la medida, que no es objeto de análisis para el presente trabajo— dejó en evidencia la necesidad de una modernización y digitalización de los negocios para que distintas empresas pudieran sobrevivir. Fue así que poco a poco la contratación electrónica fue encontrando su lugar dado que, al estar imposibilitadas las formas tradicionales de contratación por no estar permitidos

los encuentros presenciales, no existió otra forma posible de contratar que la manera electrónica y "sin presencia física" de las partes.

De esta manera, por las disposiciones del gobierno argentino y las decisiones estatales de países a lo largo y a lo ancho del mapa, al menos durante un tiempo, el uso de las TICs fue la única herramienta posible para realizar diversos negocios y transacciones jurídicas.

De la mano de ello, fue evidente la obsolescencia de las modalidades contractuales clásicas. Tal y como mencionan Bielli y Ordóñez "todos y cada uno de sus rituales sacramentalistas (de la contratación clásica), de la noche a la mañana, se vieron obstaculizados por una pandemia sin precedentes que mantiene en vilo al mundo entero". Tanto personas físicas como jurídicas se vieron imposibilitadas de realizar transacciones comerciales o de negocios a través de las modalidades contractuales clásicas y, al menos a mi entender, esto mostró la clara ineficacia de la contratación tradicional que, lamentablemente, es la única forma de contratación que contempla nuestra legislación para los contratos que no sean de consumo dado que el CCyC receptó el instituto del contrato electrónico dentro de las "modalidades especiales" del capítulo de los contratos de consumo y en lo relativo a las normas correspondientes al consentimiento entre ausentes.

Ahora bien, ¿fue realmente la pandemia la que generó el auge de la contratación electrónica? Estadísticamente hay un dato muy interesante que es que la pandemia llevó a "más de 1,3 millones de clientes (argentinos) a realizar compras en línea por primera vez, llevando la base total de clientes a 20 millones de personas (poco menos de la mitad de la población)"[10]. Asimismo, "Argentina tuvo el crecimiento más rápido del mercado electrónico en todo el mundo durante el 2020"[11] y, en el mismo año, "la Argentina registró el mayor crecimiento a nivel global en penetración de comercio electrónico, con un incremento anual de 79% en sus ventas en línea y una facturación diaria promedio de $89,2 millones"[12].

De tal manera, lo interesante a destacar es que siempre y cuando estas transacciones en línea sean consideradas "de consumo", pues entonces estarán indefectiblemente protegidas por la regulación contemplada en el Capítulo III de nuestro CCyC. No obstante, el "efecto pandemia" lejos estuvo de generar un desarrollo *solamente* en el comercio electrónico de consumo. ¿Por qué? Porque también las Pymes y las grandes corporaciones tuvieron que adaptarse a lo que la nueva realidad les imponía para poder superar la crisis que la pandemia y las restricciones

[10] Diario Ámbito Financiero. "Artículo de The Economist destaca el acelerado crecimiento del e-commerce en la Argentina" (2021), https://www.ambito.com/economia/the-economist/articulo-destaca-el-acelerado-crecimiento-del-e-commerce-la-argentina-n5195702 (Consultado el 7 de septiembre de 2021).
[11] Op. Cit.
[12] iProUP. "Explosión e-commerce: Argentina está en el 'Top Five' de países con mayor potencial de crecimiento" (2021), https://www.iproup.com/innovacion/25285-argentina-esta-en-el-top-5-de-mayor-crecimiento-ecommerce (Consultado el 14 de septiembre de 2021).

gubernamentales les supusieron durante un período de casi dos años. Por ejemplo, durante muchísimos meses no fue posible que un proveedor argentino viaje a Alemania para sentarse en una mesa con su contraparte y juntos firmar un contrato de provisión de bienes o servicios, así como tampoco existió la posibilidad de que el proveedor de madera se junte a firmar el contrato con su cliente que fabrica mesas. Por ello, las empresas tuvieron que "buscarle la vuelta" a sus negocios ante la imposibilidad de reuniones laborales y, como consecuencia, muchos de ellos comenzaron con la utilización de contratos celebrados mediante firma digital o firma electrónica.

La firma electrónica también se empezó a usar para algunos contratos de alquiler, se comenzó a usar tecnología blockchain para registrar contratos, certificaciones notariales remotas, generación de cuentas bancarias de forma totalmente virtual, entre otras nuevas tecnologías que ya existían pero que encontraron su auge durante la pandemia al no quedarle otra opción viable a los usuarios.

La misma línea siguió la prestación de los servicios que, poco a poco, comenzó a digitalizarse. En los últimos años se ha notado de manera clara cómo ha aumentado el uso de dispositivos interconectados basados en el "*internet de las cosas*" (IoT). Lo cierto es que en nuestra cotidianidad todo está conectado: computadoras, autos, teléfonos, casas y casi todos los dispositivos electrónicos de los que hacemos uso. Todos estos objetos separados pueden estar vinculados a través del Internet de las cosas, por lo que, evidentemente, nuestro futuro cercano necesitará que la contratación electrónica sea una temática regulada de manera clara y segura en nuestro país dado que, con ello, Argentina se permitirá avanzar en calidad de vida para sus habitantes ya que el IoT posibilita servicios en la educación, seguridad, asistencia sanitaria, entre otros.

El ASPO no solo permitió que más consumidores se "inserten" en el mundo del comercio electrónico para poder adquirir bienes simples y básicos como zapatillas, ropa o comida, sino que más gente opte por utilizar el IoT y que empresarios domiciliados en distintos lugares se tengan que empezar a comunicar de otra forma, realizando diferentes tipos de contratos y/o transacciones a los que estaban acostumbrados para poder seguir llevando adelante sus negocios de manera exitosa.

Sin embargo, y lo que es realmente relevante aquí es que, tal y como se analizará de manera profunda en el siguiente capítulo, como consecuencia de la deficiente regulación que poseemos en Argentina respecto a los contratos electrónicos al incluirlos en el CCyC como dentro de las "modalidades especiales" del capítulo de los contratos de consumo y en lo relativo a las normas correspondientes al *consentimiento entre ausentes*, muchas personas físicas y jurídicas fueron "dejadas de lado" e imposibilitadas de contratar ya que, al considerar que el instituto no les

brindaba la seguridad jurídica suficiente por amparar solamente los contratos electrónicos de consumo, no lo utilizaron.

En otras palabras, por la inseguridad jurídica que ocasiona la escasa y deficiente regulación vigente en nuestro país en lo concerniente a la temática de contratos electrónicos (que no son de consumo) que termina dejando todo en manos de poder demostrar, en el futuro, la prueba de que el acto jurídico se ha realmente efectivizado (ya sea mediante una prueba escrita, confesional, testimonial, etc.), muchos abogados y empresas que se encuentran bajo buena asesoría jurídica y que son capaces de identificar los riesgos que plantea la falta de seguridad jurídica se niegan a utilizar las nuevas tecnologías para hacer negocios. Por su parte, los usuarios que no son abogados y no son capaces de identificar dichos riesgos se encuentran en una situación altamente desaventajada, un obstáculo que considero inadmisible para el siglo XXI y más aún, en el contexto de una pandemia.

Desde mi perspectiva, es menester que se aplique el derecho a las innovaciones contractuales de las que disponemos que nos permiten que el comercio se vaya masificando día a día y que diferentes personas, de distintos grupos sociales, puedan ser partícipes de los beneficios que las TICs nos brindan en el rubro comercial. A partir de la implementación de las TICs se acelera y facilita el intercambio de bienes y servicios, entre personas de distintos países, eliminando las barreras geográficas y comerciales que imposibilitaban el intercambio de bienes en el pasado. Por ende, por más lejanía que se crea que existe entre el mundo digital y el mundo “real”, tratar a estos dos mundos de manera diferenciada tal y como lo hace nuestro CCyC puede ser un grave error dado que, al fin y al cabo, somos las mismas personas quienes queremos hacer uso de ambos mundos para poder beneficiarnos de lo mejor que tiene cada uno de ellos.

El avance de Internet y de las tecnologías de la información y la celebración de diversos contratos electrónicos nos posibilita un cambio en la perspectiva de los negocios y de las transacciones comerciales, permitiendo que el desarrollo de las relaciones sociales y económicas se multiplique de manera exponencial gracias a la facilidad, automaticidad e inmediatez brindada por la tecnología.

II. Normas relevantes para la contratación electrónica

A. Código Civil y Comercial

Antes de comenzar con el análisis de contratos electrónicos es menester analizar los requerimientos formales que exige nuestra legislación para contratar en términos generales. Es decir que, en primer lugar, se examinarán las formalidades exigidas para que un contrato tenga validez como tal.

Dicho análisis debe comenzar con la examinación del Código Civil y Comercial de la Nación que es el cuerpo legal que reúne todas las bases de nuestro ordenamiento jurídico tanto en materia civil como en materia comercial. A raíz de un análisis detenido de los artículos que regulan a los contratos en general (contratación tradicional) podremos interpretar de manera clara si el plexo normativo asienta la posibilidad de celebrar contratos de manera electrónica, siendo estos igualmente válidos que los contratos tradicionales o si, como se viene argumentando, nuestra legislación deja este tipo de contratación (con excepción de los contratos electrónicos de consumo) sin protección alguna.

¿Qué regulación general de contratos nos brinda el CCyC argentino? Comenzando con la norma más básica, la celebración del contrato a través de la formación del consentimiento, podemos dilucidar que el artículo 971 reza lo siguiente: “los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”. A partir de ello, es fácil concluir que al no exigir nuestro código que la formación del consentimiento tenga que ser de manera “presencial” (plasmando la firma en un papel y de manera ológrafa o manuscrita), se deja abierta la alternativa a que el consentimiento se forme a través de medios digitales o electrónicos y de manera remota. Por ende, a mi entender no surge a partir de la regulación del CCyC problema alguno con que la formación del consentimiento de un contrato electrónico se realice de manera remota, electrónica o virtual.

A continuación, es importante analizar qué es lo que exige nuestro ordenamiento jurídico en lo concerniente a la prueba de los contratos. Para ello, es necesario observar el artículo 1019 que plasma lo siguiente: “los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial (...)”. A grandes rasgos, lo que está disponiendo el artículo es que, básicamente, existe la llamada “amplitud probatoria”. Esto quiere decir que la celebración del contrato podrá probarse de diversas maneras, sin ser una exigencia que el soporte sea, necesariamente, el tradicional papel con la inserción de firmas manuscritas.

Desde mi perspectiva, para la prueba de todo contrato siempre deberá analizarse el caso concreto y particular. Ahora bien, me atrevo a afirmar de manera fehaciente que muchos soportes electrónicos brindan incluso mayor seguridad que el soporte papel ya que, por ejemplo, permiten evadir los riesgos de degradado de la información, facilitan el acceso a la información por diferentes plataformas y admiten compartir la información de manera más rápida. Por ende, a pesar de que la prueba del contrato es indefectiblemente una temática objeto de análisis en cada caso concreto y particular, lo cierto es que prima facie no veo problema con que la prueba pueda brindarse mediante soporte electrónico. De hecho, por lo antes mencionado considero que la

prueba electrónica es un enorme beneficio que nos brindan las TIC dado que ofrecen información más objetiva, precisa y clara que otros medios de prueba.

Consiguientemente, cabe analizar la cuestión sobre la fecha cierta de los contratos. El artículo 317 del CCyC dice que “la eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después”. Luego vuelve a hacer hincapié en la idea de que “la prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez”. Evidentemente, los contratos electrónicos permiten, de manera indubitable —e incluso a veces más fehacientemente que en el caso de los contratos tradicionales— acreditar la fecha cierta en la que fue firmado. Por ende, tampoco vería un inconveniente con la cuestión de la fecha cierta en los contratos electrónicos.

Por último, un tema que tal vez cobra especial relevancia cuando hablamos de contratos electrónicos es el poder acreditar la efectiva representación y validación de la identidad. Obviamente en un contrato tradicional este requisito se vuelve más sencillo porque uno tiene a la contraparte que va a firmar frente a él. No obstante, esto no quiere decir que al contratar electrónicamente se torne imposible la acreditación de la representación y verificación de la identidad. De hecho, hay variadas herramientas tecnológicas y datos en soportes electrónicos para cumplimentar este fin. Por ejemplo, la personería puede acreditarse mediante copias certificadas de la documentación en soporte electrónico o mediante una validación en bases de información que dependan de terceros. Asimismo, es menester recordar que hoy en día (y desde hace ya un tiempo) existe la posibilidad de registrar la firma digital ante el certificador licenciado, herramienta que evidentemente sirve para verificar la identidad de quien celebra un contrato. Por lo tanto, los contratos electrónicos tampoco presentan dificultad alguna en cuanto a los requisitos de acreditación de representación y validación de la identidad como muchos pueden suponer y utilizar como argumento para desprestigiar a la figura del contrato electrónico.

A raíz de todo lo expuesto anteriormente, me permito concluir de manera determinante que la contratación electrónica de ninguna manera viola las normas generales de nuestro código de fondo concernientes a la contratación tradicional. Más aún, y tal y como se analizó, la contratación electrónica permite un alto grado de integridad y fuerza probatoria contractual que en varios casos la contratación tradicional no puede brindar.

Como consecuencia de todo lo expuesto hasta el momento me parece pertinente adentrarnos en la mención que le hace nuestro CCyC al instituto del contrato electrónico. La famosa mención llega recién a partir del artículo 1105 que reza que los contratos celebrados a distancia son “aquellos concluidos entre un *proveedor y un consumidor* con el uso exclusivo de *medios de*

comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa". Asimismo, el artículo 1106 continúa diciendo que "siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el *contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico* u otra tecnología similar".

Dicho lo anterior, podemos notar de manera evidente como la regulación que nos brinda nuestro CCyC sobre los contratos electrónicos viene de la mano con lo que sería una relación de consumo. Es a raíz de lo expuesto por el art. 1105 y ss. que muchas personas físicas y jurídicas consideran, bajo un fundamento interesante y fuerte, que el instituto del contrato electrónico no brinda, entonces, la seguridad jurídica suficiente ya que ampara solamente los contratos electrónicos *de consumo*. En otras palabras, es por la inseguridad jurídica que ocasiona la escasa y deficiente regulación de nuestro CCyC en lo concerniente a la temática de contratos electrónicos (que no son de consumo) que termina circunscribiéndose a poder demostrar en el futuro la prueba del acto jurídico, que muchas personas físicas y jurídicas se encuentran en desventaja al querer utilizar las nuevas tecnologías para hacer negocios.

La pregunta que me hago entonces es la siguiente: si como ya se analizó previamente el contrato electrónico cumple con todos los requisitos generales que exige nuestro CCyC para la contratación tradicional, ¿por qué nuestro código de fondo recepta al instituto pero incorporándolo dentro de las "modalidades especiales" del capítulo de los contratos de consumo y en lo relativo a las normas correspondientes al *consentimiento entre ausentes*? ¿Por qué nuestro CCyC nos limita de tal manera? ¿Por qué se presta a interpretación que los únicos contratos electrónicos "protegidos" jurídicamente son los de consumo? Es evidente y nadie puede negar que una relación de consumo será más propensa a que se den prácticas abusivas, no obstante, dejar al resto de la infinidad de contratos electrónicos que puedan llegar a existir sin regulación me parece un desacierto enorme por parte de nuestros legisladores.

Para dar cuenta de la relevancia de la situación me parece pertinente citar a Farina que, citando a Digiorgio, advierte que ya el Código Civil de Vélez Sarsfield (del año 1871) contemplaba, al menos de manera indirecta, la validez de un documento electrónico: "se podría sostener que el documento electrónico constituye un objeto material susceptible de tener un valor, quedando encuadrado en la definición del art. 2311 del Cód. Civil, y además que, en algunos casos y bajo ciertas circunstancias, se puede obtener uno nuevo con iguales características, por lo que parecería sencillo entonces - dice este autor -, afirmar que la mera traslación del soporte papel al soporte electrónico o magnético no desnaturaliza su calidad de documento como cosa (...)".

Dicho todo lo anterior me doy el lujo de repreguntar una vez más: ¿por qué el Nuevo Código Civil y Comercial que fue sancionado en 2015 (hace tan solo 7 años) reguló solamente los contratos electrónicos de consumo, dejando afuera los otros centenares de tipos de transacciones que pueden hoy celebrarse de manera electrónica o digital?

A pesar de que es cierto que en los contratos de consumo que se celebran de manera electrónica en general vamos a tener un consumidor más "débil", constreñido a la disyuntiva de aceptar las condiciones tal y como le fueron impuestas o, en su defecto, verse obligado a dejar de contratar, esto no debería traducirse, de ningún modo, a que los legisladores, entonces, dejen al resto de la infinidad de contratos electrónicos que puedan existir sin regulación. Evidentemente el comercio electrónico de consumo requiere una protección mayor, pero esto no quiere decir que como consecuencia de ello las otras formas de comercialización electrónica deban desprotegerse. Desde mi perspectiva, regular todas las técnicas de comercialización "no ortodoxas" es un elemento fundamental e indispensable para toda sociedad que quiera adaptarse a lo que los nuevos tiempos con las nuevas tecnologías de la información exigen. Por lo tanto, lamento profundamente que como consecuencia de querer proteger al comercio electrónico de consumo, hace siete años los legisladores argentinos hayan condicionado la eficacia del resto de los contratos electrónicos, desprotegiendo a millones de usuarios que, así pues, por la inseguridad jurídica que conlleva la transacción, prefieren no utilizar el instituto del contrato electrónico o, por ignorancia, se ven altamente perjudicados.

Lo cierto es que esta enorme problemática formal que nos "lega" el CCyC sobre contratos electrónicos que no sean de consumo no condice con los tiempos que vivimos, más aún en un mundo que viene padeciendo hace más dos años una pandemia donde mucha gente, ya sea por obligación nacional o por sus propias convicciones, tuvo que encerrarse en su hogar. Como dice Nicholson, "entrando ya en la tercer década del siglo XXI, no debería haber obstáculo para tomar los medios tecnológicos que ya tenemos a mano, y darles el alcance que en otros países no tan lejanos al nuestro, tienen"[13]. La globalización, de la mano de la evidente revolución digital, ha llegado para quedarse y es por ello que necesitamos dar un paso más y adaptarnos a la modernidad en la que ya estamos inmersos, adecuando nuestro sistema legal.

B. Ley de Firma Digital

La Ley Nº 25.506 de Firma Digital (en adelante "LFD") es otra regulación cuyo estudio cobra especial relevancia al ser los contratos electrónicos el objeto de análisis de dicho escrito. La LFD que regula la firma digital, la firma electrónica y los documentos electrónicos, fue sancionada en diciembre de 2001. Esto quiere decir que hace ya más de veinte años la firma digital y la firma

[13] Nicholson, Pedro. "Hacia una modernización de los contratos". Abogados.com.ar (2020), https://abogados.com.ar/hacia-una-modernizacion-de-los-contratos/26737#_edn10 (Consultado el 13 de julio de 2021).

electrónica tienen plena eficacia jurídica en nuestro ordenamiento. Por ende, los contratos electrónicos no son —o no deberían entenderse como— algo nuevo y disruptivo ya que desde hace más de dos décadas nuestro país sancionó una ley cuyo objeto evidente fue la facilitación y agilización de documentos electrónicos seguros que permitan probar la autoría de las declaraciones de voluntad expresadas por las partes contratantes.

Ahora bien, es menester desglosar qué tipo de tratamiento jurídico se le da a la firma digital y a la firma electrónica en nuestro ordenamiento con su respectiva estructura. Para ello, cobra especial relevancia el análisis del artículo 2 de la LFD que reza que “se entiende por firma digital al 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 (...)”.

A grandes rasgos, el artículo que define la firma digital establece que la misma requiere que un certificador licenciado emita un certificado digital conforme a lo establecido en los arts. 7 y 8 de la misma ley. A raíz de ello, se presume que, salvo prueba en contrario, toda firma digital pertenece al titular del certificado digital y que, si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume que no ha sido modificado desde el momento de la firma.

Como consecuencia de ello, interpreto que la LFD pone en igualdad de condiciones a los documentos firmados de forma digital y a los documentos firmados ológrafa y presencialmente. Aún más, se podría entender que, incluso, se le da un rango superior al de la firma digital por sobre los documentos firmados manuscritamente sin certificación ya que se invierte la carga dinámica de la prueba: cuando la firma es digital, la falsedad debe ser probada.

Ahora bien, para que un certificado con firma digital sea válido deben cumplirse, sin excepción, los siguientes requisitos (Art. 14 LFD):

a) Deben ser emitidos por un certificador licenciado por el ente licenciante;

b) Responder a formatos estándares reconocidos internacionalmente, fijados por la autoridad de aplicación, y contener, como mínimo, los datos que permitan:

    1. Identificar indubitablemente a su titular y al certificador licenciado que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única;

    2. Ser susceptible de verificación respecto de su estado de revocación;

3. Diferenciar claramente la información verificada de la no verificada incluidas en el certificado;

4. Contemplar la información necesaria para la verificación de la firma;

5. Identificar la política de certificación bajo la cual fue emitido.

Además de definir el instituto de firma digital, el art. 5 de la LFD define el concepto de firma electrónica como el "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".

Esto quiere decir que, siempre que a una firma digital le falte alguno de los requisitos legales mencionados en la lista del art. 14 LDF, se la considerará firma electrónica y, como consecuencia de ello, no existirá la presunción de autoría e integridad tal que existe para con la firma digital.

Ahora bien, además de tener una regulación particular sobre firma digital y firma electrónica, es menester señalar que el artículo 288 del CCyC establece que "*En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento*".

El art. 288 merece un especial análisis dado que muchos autores interpretan que aquí nuestro CCyC, considerando los artículos de la LFD antes citados, nos lleva a la conclusión de que sólo la firma digital es la que asegura la autoría e integridad del instrumento y, por ende, solo ésta cumple con el requisito de "firma" del artículo 288 del plexo normativo. Ahora bien, otra parte de la doctrina entiende que nuestro CCyC utiliza mal el concepto de "firma digital" ya que ésta ya tiene la presunción de autoría e integridad desde el 2001, y que, no tendría sentido que el Código, que es de 2015, se esté refiriendo a éste instituto. Por ende, los autores que sostienen esta interpretación más abarcativa sugieren que el art. 288 antes citado se refiere a la firma electrónica –siempre y cuando la misma presente elementos que "aseguren indubitablemente la autoría e integridad del instrumento"–.

De cualquier modo, cabe preguntarnos la razón por la cuál muchos autores sostienen que solo la firma digital asegura la autoría e integridad del instrumento. Lo cierto es que mientras que para el instituto de la firma digital tenemos la encriptación asimétrica, las claves privadas, las claves públicas y un certificador que tiene el registro de quienes son los dueños de las claves privadas y las públicas, en el caso de la firma electrónica esto no es así. Respecto al instituto de la firma electrónica, siempre que una parte niegue la autoría de la misma, será la parte que quiera hacer valer el contrato quien deberá acreditar la autoría. Por ende, en todo documento con firma electrónica, la ejecutabilidad y exigibilidad del contrato dependerá de si la parte que lo quiere

hacer valer tiene las pruebas suficientes para probar la existencia del contrato y el hecho de que este no ha sido modificado: ¿tiene la parte recibos, facturas, órdenes de compra o cualquier intercambio de mensajes virtuales y/o digitales para hacer valer el contenido del documento con firma electrónica? Esto se traduce a que, a diferencia de lo que sucede con un documento con firma digital, quien esté en posesión de un documento con firma electrónica deberá guardar tantas pruebas como le sean posibles.

La diferencia entre la firma digital y la firma electrónica es incluso marcada por la entidad pública argentina que, en la página oficial del Gobierno[14], contempla a la firma digital como con "validez jurídica", siendo "auténtica e íntegra" y "segura" pero no regula o analiza dentro de los "servicios destacados" de innovación administrativa a la firma electrónica.

Desde mi perspectiva personal, esta diferenciación que se hace entre los institutos de firma digital y firma electrónica es bastante desacertada porque lo cierto es que, en la mayoría de los casos, una firma electrónica permitirá asegurar la autoría e integridad de manera sencilla y, como consecuencia, no se la debería privar de validez jurídica. En toda firma electrónica es muy fácil probar la autoría e integridad, dado que básicamente el instituto tiene como funciones básicas el identificar al individuo que firma de manera inequívoca y el asegurar la integridad del documento firmado. Además de permitir la identificación sencilla del autor, la firma electrónica también permite verificar si ese documento ha sido alterado. Aunque el proceso de firma electrónica puede llevarse a cabo de distintas maneras (firmar sobre la pantalla táctil de un dispositivo, mediante huella dactilar, o una firma asociada a un código OTP), en la mayoría de los casos se podrá garantizar fácilmente tanto la autoría como la autenticidad. De hecho, en España Existe una plataforma de la Administración General del Estado llamada VALIDe[15] que pone a disposición de las Administraciones y de los habitantes del país la validación de certificados y ofrece la validación y generación de firmas electrónicas de manera sencilla. Por ende, dicho esto y considerando que el instituto de la firma electrónica permite que más individuos puedan hacer uso del instituto del contrato electrónico, aproximándonos un poco más a lo que los países desarrollados apuntan para el desarrollo de sus economías nacionales, me parece muy equivocado que nuestros legisladores pretendan hacer una distinción tan grande de ésta con respecto al instituto de la firma digital.

Ahora bien, ¿la jurisprudencia también hace esta distinción entre la firma electrónica y la firma digital? En el fallo "Wenance SA c. Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo"[16], la jurisprudencia entendió que si el "acto jurídico fue concertado en el "mundo digital", solo podrá reconocerse una

[14] Jefatura de Gabinete de Ministros. "Firma Digital". argentina.gob.ar (s/f), https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-tecnologica/innovacion-administrativa/firma-digital (Consultado el 1 de junio de 2022)
[15] VALIDe (Aplicación de Validación de firma y certificados Online de @firma), https://valide.redsara.es/valide/? (Consultado el 1 de junio de 2022).
[16] Nicholson, Pedro. "Hacia una modernización de los contratos". Abogados.com.ar (2020), https://abogados.com.ar/hacia-una-modernizacion-de-los-contratos/26737#_edn10 (Consultado el 13 de julio de 2021).

expresión de voluntad de similar contenido obligacional al que surgiría en el caso de una firma ológrafa, si puede identificarse una firma de acuerdo con lo establecido por el citado art. 288, que asegure la autoría e integridad del documento así creado". Ahora bien, la Corte completó su análisis estableciendo que los documentos con firma electrónica "no gozan de la presunción de autoría e integridad, ni tampoco de la inversión de la carga probatoria" pero, a pesar de las diferencias apuntadas, la misma jurisprudencia terminó argumentando que la firma electrónica cumple con los requisitos del art. 288 al decir que cualquier documento con firma electrónica "ingresará al proceso bajo el carácter de principio de prueba instrumental y se convertirá en un elemento probatario de carácter indiciario y complejo, dado que requiere de una producción conexa y acumulativa de pruebas para verificar su veracidad, integridad, autenticidad y contenido, con el objeto de que pueda procurar formar convicción en el juez". En otras palabras, los jueces dijeron que una vez que se pruebe la autoría del instrumento, habrá un perfeccionamiento de la previsión legal, "desplazando al documento incompleto y dando lugar a un instrumento plenamente válido en los términos de los arts. 287 y 314 del Cód. Civ. y Comercial"[17]. Por ende, dado que en la mayoría de los casos será sencillo probar la autoría e integridad de una firma electrónica, lo cierto es que, al menos en la práctica y si los tribunales siguen la línea del fallo Wenance, un documento con firma electrónica tendrá los mismos efectos que un documento con firma digital.

Sin embargo, poca importancia tiene el debate planteado con anterioridad ya que la laguna jurídica fue zanjada mediante el Decreto 2628/2002 que, en su artículo 1 estableció que "en los casos contemplados por los artículos 3°, 4° y 5° de la Ley N° 25.506 podrán utilizarse los siguientes sistemas de comprobación de autoría e integridad: a) *Firma electrónica (...)"*.

Como ya se analizó, la firma ológrafa tiene la ventaja de que está fijada de manera física dentro de un contenido y es soportada en un continente. No obstante, es menester señalar que la firma electrónica también tiene sus ventajas. Desde mi perspectiva, tiene dos ventajas evidentes: permite identificar de manera unívoca al firmante a través del certificado digital reconocido y asegura la integridad porque garantiza la relación directa entre los datos del documento y la firma electrónica resultante, por lo que cualquier modificación de datos puede detectarse mediante procesos de verificación. Por ende, la firma electrónica es un instrumento clave a la hora de probar autoría e integridad, situación que ha contemplado y tenido en cuenta el Decreto 2628/2002, dejando atrás aquella laguna jurídica que hacía que parte de la doctrina interpretara que, a raíz del art. 288 –artículo que evidentemente no comprendía que la firma electrónica es suficiente para comprobar autoría e integridad–, sólo la firma digital permite asegurar la autoría e integridad de los documentos electrónicos.

[17] Nicholson, Pedro. "Hacia una modernización de los contratos". Abogados.com.ar (2020), https://abogados.com.ar/hacia-una-modernizacion-de-los-contratos/26737#_edn10 (Consultado el 13 de julio de 2021).

Por lo tanto, además de la jurisprudencia, la misma legislación termina consolidando el hecho de que siempre que la ley requiera una firma ológrafa, tal exigencia quedará cumplimentada por una firma electrónica, siempre y cuando ésta cumpla con los requisitos de autoría e integridad, condiciones que, como se analizó, son de fácil verificación.

A mi entender, será altamente positivo que los tribunales comiencen a reconocer las firmas electrónicas con el alcance de la firma digital para poder abarcar dentro de los contratos electrónicos a aquellos documentos firmados con firma electrónica y así abarcar un mundo muchísimo más amplio de contratos electrónicos, permitiendo que mayor cantidad de individuos puedan ser parte del intercambio de bienes y servicios a través del comercio electrónico.

Es importante señalar que tanto el Colegio de Abogados de la Provincia Buenos Aires como los colegios locales son la autoridad de registro de firma digital. Con lo cual, esto nos permite avanzar y darle a los abogados un servicio más que es la certificación de sus firmas a los fines de instrumentar distintos tipos de contratos y demás cuestiones.

Asimismo, cabe destacar que en el año 2019 los países miembros del MERCOSUR firmaron un acuerdo de reconocimiento mutuo de las firmas digitales emitidas en cada uno de ellos. Sin embargo, como el instrumento no entra en vigor de manera automática sino que precisa la ratificación de los firmantes, Argentina no “fue parte” hasta fines de 2020 y Uruguay cumplió con la ratificación recién en 2021. Esto quiere decir que hoy en día reconocemos los documentos firmados digitalmente en Uruguay y la República Oriental del Uruguay reconoce como válidos los documentos firmados mediante firma digital que se emitan en Argentina. Por el momento, se espera que Brasil y Paraguay ratifiquen el acuerdo para poder extender la validez de las firmas digitales emitidas en Argentina a aquellos países[18].

La pregunta que me surge luego del detallado análisis de la Ley de Firma Digital es la siguiente: si tenemos una regulación de firma digital, firma electrónica y documentos electrónicos hace ya veinte años e incluso hemos hecho acuerdos con países limítrofes para reconocer mutuamente las firmas digitales emitidas en los distintos territorios, ¿por qué seguimos teniendo limitada la regulación de la contratación electrónica a lo concerniente a temáticas de consumo? Si hace dos décadas los legisladores sancionaron una ley cuyo objetivo fue revolucionar la forma de los contratos, ¿por qué en el año 2022 seguimos estancados dejando a miles de personas sin la posibilidad de contratar por miedo a la inseguridad jurídica?

Del presente análisis se evidencia de manera clara la necesidad de que nos aggiornemos a lo que la modernidad de las relaciones comerciales nos exige de la mano de la revolución digital y

[18] Suyai Mendiberri, Lucia. “Las Firmas Digitales Emitidas En Argentina Serán Válidas En Uruguay”. Estudio Lerman & Szlak (2021), https://lermanszlak.com/es/las-firmas-digitales-emitidas-en-argentina-seran-validas-en-uruguay/ (Consultado el 9 de octubre de 2021).

electrónica. Nuestro derecho no puede quedar ajeno a lo que el resto del mundo ya viene implementando, debiendo tomar las herramientas que tenemos para poder facilitar la vida de la sociedad en su conjunto.

C. Ley de Defensa del Consumidor

Antes de comenzar con el análisis de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante "LDC), es necesario recordar, una vez más, que los contratos electrónicos fueron regulados en el CCyC dentro de las "modalidades especiales" concernientes al capítulo de contratos de consumo, estableciendo, en el artículo 1105, lo siguiente: "contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa".

A pesar de que, tal y como se viene analizando, hubiera resultado más acertado incluir la regulación de los contratos electrónicos dentro del título de los contratos en general, nuestro CCyC lo hizo de ésta manera y, por ende, se torna de especial relevancia el análisis de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor.

La LDC establece en su artículo 33 que es venta por correspondencia y otras "aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios". Por lo tanto, vemos como la LDC asimila el contrato electrónico a lo que en el Capítulo I.A se definió como contrato electrónico puro al exigir que tanto la propuesta como la aceptación (mediante respuesta) se realicen de manera electrónica. Es así que dicha legislación engloba dentro del concepto de contrato electrónico al contrato electrónico puro pero deja de lado a los contratos electrónicos mixtos, que son los que utilizan una mezcla de medios electrónicos y tradicionales y que suelen ser tan útiles a la hora de realizar transacciones comerciales.

Establecida la distinción, es menester adentrarnos a las definiciones que propone la LDC. En su artículo 1, la LDC define que "se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Recordemos que la LDC, al igual que la ley Nº 22.262 de Defensa de la Competencia, hace especial hincapié en la protección de quien considera la parte débil; en este caso, es el consumidor quien toma el lugar de "la parte débil" de toda relación jurídica de consumo

(principio *favor debilis*). Tal y como establece Pereiro de Grigaravicius “proteger al consumidor no es atacar a los proveedores, no es querer destruir al empresario, sino que, por el contrario, se trata de buscar un equilibrio de acuerdo con las más elementales normas de equidad”[19].

A raíz de lo dicho con anterioridad, es interesante destacar que en el contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos, esta “debilidad” que posee el consumidor puede verse abismalmente potencializada al interpretar que la asimetría de la información se encuentra todavía más desbalanceada que en las transacciones realizadas de manera presencial. A raíz de ello es interesante preguntarnos si no será esta la razón –a pesar de ser errónea– por la cual nuestros legisladores cometieron el error de incluir a los contratos electrónicos dentro del capítulo concerniente a los contratos de consumo.

Para dar un ejemplo de esta asimetría de la información me gustaría usar de modelo a las compraventas realizadas mediante plataformas como Mercadolibre u OLX qué son, justamente, el tipo de negocio que contempla la LDC dado que tanto la oferta como la aceptación se generan mediante un medio electrónico. Estos tipos de contratación pertenecen al universo de lo que llamamos contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, donde el usuario simplemente observa la descripción del producto, diversas fotos y videos en casos puntuales, las condiciones de entrega o de retiro, la ubicación del vendedor y el precio, teniendo simplemente la alternativa de hacer clic en “comprar”, sin posibilidad de debatir o intercambiar ideas sobre las distintas cláusulas. En otras palabras, en la “venta por correspondencia” amparada por la LDC que engloba simplemente a los contratos electrónicos puros, tenemos esta situación en la que el vendedor es quien crea la totalidad de las cláusulas, ante las cuales el comprador tiene solamente dos opciones: aceptar y comprar, o directamente no contratar y quedarse sin la provisión del producto o del servicio.

Es por ello que el artículo 1107 del CCyC establece que, “si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”.

Asimismo, el artículo 4 de la LDC establece que, además, “el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en

[19] Campos, Pedro Ariel. "La ley de defensa del consumidor y sus implicancias actuales". Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas (2011), https://ar.vlex.com/vid/ley-defensa-consumidor-implicancias-644423337 (Consultado el 9 de octubre de 2021).

soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión (...)". Dado que la confianza es el requisito esencial para que un comprador se decida a realizar transacciones mediante plataformas digitales, que la información del proveedor sea clara es el punto principal y fundamental de una relación electrónico-contractual y por eso la LDC apunta a ello.

Lo cierto es que aunque la compraventa electrónica puede parecer disruptiva, no se debe olvidar que se trata de un contrato con los mismos efectos que los contratos de compraventa celebrados de manera presencial. Y este es uno de los grandes aciertos de nuestra legislación, que ha tomado una de las herramientas que le brinda el mundo globalizado para facilitar la vida de los ciudadanos y proteger las transacciones comerciales de consumo.

Tal y como se mencionó en capítulos anteriores, en la pandemia se dio este "boom" del comercio electrónico y plataformas como Mercado Libre y OLX se vieron altamente beneficiadas. Por lo tanto, un punto interesante e importante que no se puede dejar de destacar es el hecho de que como argentinos hayamos tenido, pre-pandemia, una regulación jurídica previa y sólida que haya podido "soportar" el enorme auge de ventas electrónicas que tuvo lugar en el país durante los años 2020 y 2021.

Ahora bien, el hecho de que en los contratos electrónicos de consumo se presente al comprador/consumidor como un sujeto de mayor vulnerabilidad y que los usuarios de comercio electrónico hayan aumentado abismalmente estos últimos años no implica, de ninguna manera, que la regulación sobre contratos electrónicos deba limitarse solamente a la temática de consumo. Más aún, recordemos que el único supuesto de contrato electrónico que contempla la LDC es el del contrato electrónico puro. Lo cierto es que en pleno siglo XXI no comprendo qué es lo que estamos esperando para expandir esta regulación tan acertada al resto de los contratos de consumo que no se celebraron con el uso exclusivo de medios de comunicación (contratos electrónicos mixtos) y a la infinidad de contratos electrónicos que pueden existir y que no son de consumo.

III. Reconsideración del paradigma del contrato tradicional como única manera de contratación segura

El Capítulo II pone de manifiesto la obsolescencia de nuestra legislación actual dejando en evidencia que, como ciudadanos de la Era de la Información o Digital donde el movimiento de la información es incluso más rápido que nuestro propio movimiento físico, resulta inadecuado y completamente extemporáneo no tener una legislación sobre contratos que acompañe el avance de las tecnologías.

Como los avances tecnológicos están en todos lados, siendo parte de casi la gran mayoría de nuestros hábitos diarios, es inadmisible que el plano jurídico haga caso omiso a las nuevas necesidades que nos plantea la regulación contractual y que, evidentemente, se hizo notar de manera indubitable durante la pandemia de COVID-19 donde los individuos contratantes se vieron imposibilitados de juntarse a negociar y firmar ológrafamente tal y como impone –o imponía– la manera tradicional.

Lo que más me preocupa es el hecho de que nuestro CCyC, que hace una regulación deficiente de los contratos electrónicos tal y como se explicó a lo largo de los capítulos precedentes, fue reformado hace tan solo 7 años, cuando la sociedad ya estaba totalmente inmersa en la Era Digital. ¿Cómo es posible que una legislación de fondo sancionada en el año 2015 haga una regulación defectuosa de los contratos electrónicos si ya el manual “Contratos comerciales modernos” de Farina, impreso en el año 1993, dedicaba un capítulo completo a los “contratos informáticos”?

A pesar de que muchos individuos pueden creer, e incluso sostener, que la contratación tradicional es la única manera segura de contratar, es menester señalar que ésta presenta varias desventajas o retos que los contratos electrónicos tienen completamente superados.

En primer lugar, hacer un contrato tradicional requiere que las partes inviertan mucho tiempo y mayores recursos. Como primera alternativa para celebrar un contrato tradicional, las partes deberán coordinar un día y horario que les convenga a ambos para juntarse y firmar los dos ejemplares ya impresos del contrato. Esto es complicado, porque muchas veces es difícil encontrar un momento que les resulte conveniente a todas las partes intervinientes y/o sus representantes. La otra alternativa sería que una de las partes imprima dos ejemplares del contrato en papel, firme ambos, los envíe al destinatario para que éste firme ambos ejemplares, se quede con uno y reenvíe el segundo “de vuelta” a quien se lo remitió. Esta segunda alternativa también conlleva un gasto excesivo de tiempo y dinero si lo contrastamos con la posibilidad de llevar a cabo la firma de un contrato mediante un medio electrónico donde no se tiene que hacer ningún tipo de envío ni las partes deben coordinar para juntarse. Tengamos en cuenta que los costos de envío son incluso mayores cuando se trata de contrataciones o transacciones internacionales y en algunos casos, dependiendo del medio utilizado también existe el riesgo de que lo enviado pueda no llegar a destino.

Una segunda problemática que se suele dar con los contratos tradicionales es que no siempre se encuentra a la contraparte en el momento adecuado o dentro de los plazos requeridos para que ésta inserte su firma en el contrato. En cambio, cuando tenemos un documento electrónico donde la firma es digital o electrónica, los usuarios pueden acceder a los documentos desde cualquier lugar del mundo y sin importar el dispositivo utilizado; por ende, no importa si una parte está en

Japón y la contraparte en Argentina ya que de todas formas se podrá firmar y perfeccionar el contrato.

En tercer lugar, recordemos que hay contratos de gran extensión, por lo tanto, imprimirlos en papel genera no solo un gasto de impresión sino que también es perjudicial para el medioambiente. Esta cuestión, por razones obvias, no se presenta cuando los individuos celebran contratos electrónicos.

Por otro lado, la información que se incluye en los contratos tradicionales puede ser fácilmente alterable. La realidad es que la adulteración de los documentos es uno de los problemas más grandes que tiene la contratación en papel. En cambio, los recursos como la validación biométrica, la exigencia de claves y el encriptado de datos que pueden utilizarse en contratos electrónicos zanjan dicha problemática de manera contundente.

Por último, pero no menos importante, el contrato en papel puede dañarse si no se lleva un buen cuidado o incluso puede perderse; situación que evidentemente no se genera cuando uno celebra un contrato electrónico.

Aunque a raíz de lo antes expuesto puede parecer evidente que la regulación contractual electrónica es necesaria y beneficiosa para la sociedad en general, también es importante plasmar de manera clara cuáles son los beneficios específicos y concretos que la digitalización nos brinda en términos más generales.

Universidad de SanAndrés

A. Los beneficios de la digitalización

En el tema que nos concierne, y más allá de los aspectos organizacionales y de gasto de tiempo y dinero antes analizados, es evidente que el beneficio más claro de la digitalización es el que tiene que ver con los aspectos económicos. Farina citando a Pérez Luño establece que “la informática implica para la economía una segunda revolución industrial”[20]. La digitalización nos permite ampliar el ámbito de actividad de las empresas y superar las fronteras entre países, trayendo consigo grandes beneficios para la economía mundial.

Las nuevas tecnologías traen consigo nuevas industrias con nuevas oportunidades y acentúan la diferencia entre los países “desarrollados”, “en desarrollo” y “subdesarrollados” en aquellos casos en los que los países en desarrollo y subdesarrollados no pueden o generar la infraestructura necesaria o, como lo que nos convoca en el caso de esta tesis, no tienen marcos regulatorios adecuados. La realidad es que los países más desarrollados reglamentan los distintos aspectos de la informática, permitiendo que se discipline la utilización de los medios digitales y facilitándole la experiencia al usuario. Por su parte, los países menos avanzados dejan de lado la regulación,

[20] Farina, Juan M. “Contratos comerciales modernos”. Editorial Astrea (1993), pp. 657.

generando una evidente inseguridad jurídica y colocando a sus ciudadanos en una clara desventaja en caso de querer realizar transacciones internacionales con ciudadanos o residentes de países desarrollados. La tecnología de la información es, hoy en día, uno de los recursos económicos básicos de la sociedad postindustrial.

Además de las claras ventajas económicas, lo cierto es que la digitalización contractual en particular tiene cientos de beneficios entre los que se destacan, además de los estipulados en el apartado anterior, los siguientes:

a. La generación de un ahorro de espacio físico al no necesitar el almacenaje físico: mientras los contratos en papel deben guardarse en algún archivo físico que permitan su buena conservación, los contratos electrónicos pueden guardarse en la nube o en cualquier aplicación que las partes, de común acuerdo, decidan;

b. Una mayor protección de los datos: mientras el papel puede dañarse, degradarse o perderse, el archivo digital asegura que no se pierda la información;

c. Un menor tiempo para consultar el contrato e independientemente del lugar donde uno se encuentre y;

d. Responsabilidad Social Empresaria (RSE): sostenibilidad ambiental al ahorrar en la disminución de consumo de papel.

Universidad de San Andrés

B. La masividad en la Sociedad de la Información

Más allá de la infinidad de beneficios prácticos y económicos que tiene la digitalización, también es interesante destacar la masividad que supone contratar mediante recursos electrónicos. Según los datos de We Are Social, el porcentaje de la población que usa Internet ha alcanzado "las 4.660 millones de personas, lo que representa al 59,5% de la población (7.830 millones de personas)"[21]. Por lo tanto, resulta de extrema importancia analizar los institutos del correo electrónico, mensajería instantánea y e-commerce, plataformas masivas a través de las cuales distintos usuarios de Internet pueden celebrar contratos electrónicos de manera sencilla, rápida y económica.

1. Correos electrónicos

El correo electrónico es incluso anterior a la creación de Internet y consiste en un sistema que permite enviar y recibir mensajes que contienen tanto texto como archivos digitales adjuntos. En el

[21] Álvarez, Jesús "DIGITAL REPORT 2021: EL INFORME SOBRE LAS TENDENCIAS DIGITALES, REDES SOCIALES Y MOBILE". We Are Social (2021), https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-report-2021-el-informe-sobre-las-tendencias-digitales-redes-sociales-y-mobile/ (Consultado el 19 de octubre de 2021).

intercambio de correos electrónicos o “e-mails” no se requiere que las partes estén conectadas de manera simultánea sino que, el servidor guarda los mensajes para que los usuarios tengan acceso a ellos desde el momento en que se conecten y hasta que decidan eliminarlos.

Bielli y Ordoñez afirman que, “jurisprudencialmente se ha sostenido que es una realidad incontrastable que el correo electrónico (e-mail) emergió como un nuevo medio de comunicación que permite transmitir datos, información y mensajes a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras, sistema que ha prácticamente reemplazado la antigua forma de correo postal”[22].

El e-mail se ha masificado de manera exponencial en los últimos tiempos. En general, cuando uno entra a una empresa le crean un email vinculado a ella, en las universidades los alumnos y los profesores tienen un email perteneciente a dicha institución y me atrevo a decir que la gran mayoría de la población tiene, además, un email que utiliza de manera personal. Lo interesante en el tema que nos concierne es que el e-mail ha sido utilizado, mayormente entre las empresas, como medio de comunicación para la concreción de distintos negocios mediante contratos electrónicos.

El correo electrónico tiene la ventaja de que es un medio de comunicación rápido y eficaz tanto en el envío como en la recepción de mensajes. Asimismo, los mensajes enviados mediante e-mails permiten acciones como el adjunto de archivos, el reenvío de los mensajes, la inclusión de varias personas en un mismo correo, entre otras. El gran beneficio de todo esto es que, además, es sin costo alguno.

Los miembros del IADPI, citando a Fernández Fernández, establecen que “las partes disponen de cierto margen de negociación sobre las condiciones, dado que de forma rápida y efectiva pueden intercambiar tanta información, borradores y opiniones como consideren necesario antes de obligarse. Entonces, será habitual que las tratativas que se inicien vía dicho medio de comunicación y se consoliden en un acuerdo vinculante con posterioridad, aunque nada impide que también se perfeccionen por este mismo carril, dando lugar a un contrato totalmente electrónico”[23].

En otras palabras, lo que desde mi perspectiva quiere decir Fernández Fernández es que, mediante los e-mails, los usuarios pueden “crear” tanto contratos electrónicos puros como contratos electrónicos mixtos. Por ende, se trata de una figura interesante de más para analizar y tener en cuenta.

[22] Bielli, Gastón Enrique y Ordoñez, Carlos J. “El Covid y la hiperexpansion de la contratación electrónica”. Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (2020), https://iadpi.com.ar/2020/08/05/nuevas-metodologias-de-contratacion-electronica/ (Consultado el 13 de julio de 2021).
[23] Op. Cit.

Recordemos que, tal y como se analizó en el Capítulo II, las normas generales sobre contratación del Código Civil y Comercial no parecen plantear impedimento alguno para que los contratos se celebren de manera electrónica. Por lo tanto, en primera instancia, no habría problema con que dos particulares celebren un contrato mediante el uso del correo electrónico y hagan uso de todas las ventajas que se mencionaron con anterioridad.

Sin embargo, un problema que sí presentan los contratos celebrados mediante correo electrónico y que me parece extremadamente relevante de mencionar es que con el envío y la recepción de e-mails no queda constancia alguna del hecho de que el remitente haya leído y aceptado el contrato enviado. Es por ello que, en general, los expertos en el tema recomiendan pedir una confirmación de recepción y aceptación antes de enviar el bien o comenzar con la prestación del servicio.

No obstante ello, y siendo esta la única "problemática" que le encuentro a la contratación vía e-mail, hay jurisprudencia relativa a casos de esta índole donde los jueces interpretan que en los contratos realizados a través de correos electrónicos no hay aceptación o, incluso, entienden que directamente no existe contrato alguno.

En una decisión reciente que data del 11 de junio de 2021, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos "Petitti, Fernando Esquivel c/ Asociación Cristiana de Jóvenes de la República Argentina s/ Daños y perjuicios"[24], entendió que incluso la certificación notarial de los correos electrónicos no es prueba suficiente para su autenticidad. Como consecuencia de ello, interpretaron que la autenticidad de los contratos realizados mediante correo electrónico deben probarse a partir de pericias informáticas.

Este caso siguió la misma línea argumentativa que el caso "Skillmedia SRL c/ Estudio MLS.A. s/ ordinario" de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones del 7 de noviembre de 2017 cuando los magistrados interpretaron que el correo electrónico sin firma digital deja supeditado el valor probatorio a la realización del peritaje informático y la producción de otra prueba por parte de los contratantes.

Aquí vemos cómo a pesar de que el CCyC parece habilitar (al menos indirectamente) la contratación electrónica y, en consecuencia, la contratación a través de correos electrónicos, la deficiente regulación nos lleva a consecuencias indeseadas como estas donde un fallo judicial parece ordenar un análisis extremadamente riguroso sobre cuáles son los requisitos para asegurar la prueba de un contrato mediante correo electrónico antes de cualquier disputa judicial.

[24] CNACiv, Sala G, "Petitti, Fernando Esquivel c/ Asociación Cristiana de Jóvenes de la República Argentina s/ Daños y perjuicios" (2021), https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/097/865/000097865.pdf (Consultado el 19 de octubre de 2021)

Esto nos vuelve a conducir a la problemática de la inseguridad jurídica que hace que, a la hora de contratar, muchos individuos sean reacios a realizar transacciones mediante correos electrónicos dado que, al fin y al cabo, todo quedará en manos y en poder de los jueces y obligará a las partes contratantes a empeñar mucho esfuerzo para lograr la prueba concreta del acto jurídico: tiempo, recursos, abogados, peritos, entre otros.

Desde mi perspectiva, es inadmisible que el Poder Judicial haga caso omiso al hecho de que los individuos celebran y celebrarán contratos virtuales mediante el intercambio de e-mails. Por ende, exigir grandes esfuerzos a la hora de probar la veracidad de los medios tecnológicos utilizados para hacer valer un contrato electrónico me parece totalmente contraproducente a la hora de aprovechar las nuevas tecnologías que nos brinda la Sociedad de la Información y permitir que los acuerdos comerciales puedan ser celebrados por la mayor cantidad de personas. Es evidente que habrán situaciones controvertidas donde solamente exista un intercambio de mensajes “virtuales” entre los contratantes pero también existirán casos donde las partes hayan tenido la intención real de obligarse, por lo que siempre y cuando se den los requisitos de autoría e integridad –requisitos que, como se analizó, son fáciles de probar–, desde mi perspectiva el contrato deberá tenerse por válido, sin necesidad de obligar a la parte interesada a avocar demasiado esfuerzo, tiempo y dinero en lograr la prueba concreta del acto jurídico.

A mi entender, considerando que un contrato celebrado mediante correo electrónico cumple con todas las disposiciones sobre contratación general establecidas por el CCyC, cuestión que fue analizada en el Capítulo II, me pregunto lo mismo que se viene analizando a lo largo de esta tesis: ¿por qué un contrato enviado por e-mail, que es la forma de contratación más actual y que permite que muchas más personas puedan ser parte del mundo comercial, es menos válida que un contrato en papel? Desde mi perspectiva, la única diferencia que tendría que haber es la cautela de confirmar su recepción; pero me parece inadmisible que se establezcan reglas más estrictas, dejando todo, tal y como pasa en los fallos Petitti y Skillmedia, en manos del juez y su interpretación personal y obligando a la parte demandante (actora) a probar, en el caso concreto, la prueba del acto jurídico.

Sin embargo, y más allá de que creo que los jueces deberían aggiornarse y cambiar el rumbo de estas últimas decisiones que se tomaron, la realidad es que, al final del día, todo ello es consecuencia de la deficiente regulación que nos brinda nuestro CCyC: los jueces están, en definitiva, interpretando y aplicando lo que dice nuestro Código Civil y Comercial. Por ende, hasta que no se tomen cartas en el asunto acerca de la normativa civil y contractual argentina, estas “malas decisiones” seguirán teniendo un rol preponderante en nuestra jurisprudencia y seguirán afectando el día a día de los habitantes de la Nación Argentina.

2. Sistemas de mensajería instantánea

La mensajería instantánea es aquella forma de comunicación que, a diferencia del correo electrónico, sucede en tiempo real o de manera sincrónica entre dos o más personas y que está basada en texto. Hoy en día, la enorme mayoría de la población tiene alguna aplicación de mensajería instantánea descargada en su Smartphone. En Argentina, el ejemplo más ilustrativo es el caso de WhatsApp, propiedad de la empresa Facebook Inc. No obstante, existen muchísimos otros sistemas de mensajería instantánea como por ejemplo WeChat, Facebook Messenger, Snapchat, Hangouts, Telegram, Facetime y Skype.

Como WhatsApp es el servicio de mensajería que ya en 2013 era utilizado por el 97%[25] de los argentinos que tenían Smartphone, analizaré particularmente este fenómeno. Dicha plataforma permite enviar textos, realizar llamadas de voz y de video, enviar imágenes, videos, documentos, links, stickers y notas de voz. Asimismo, permite realizar grupos de hasta 256 participantes en los que también se pueden utilizar las herramientas antes mencionadas. Lo único que se exige es que el usuario tenga un número de línea el cual es asociado a la cuenta que el individuo cree en la aplicación.

La ventaja de WhatsApp es que puede utilizarse desde un dispositivo móvil pero también desde "WhatsApp Web" a través de computadoras, tablets o cualquier dispositivo inteligente con acceso a Internet.

Como se mencionó en el acápite anterior, para la contratación entre empresas suele seguir predominando el uso del sistema de correo electrónico. No obstante, como bien afirman Bielli y Ordoñez, en el último tiempo, "muchas compañías han migrado hacia la plataforma WhatsApp (o Telegram, o cualquier otro sistema de mensajería instantánea) en pos de la proximidad, flexibilidad y rapidez que provoca en los intercambios comunicacionales originado por los cocontratantes"[26].

La realidad es que, tal y como se analizó en el subcapítulo correspondiente a correos electrónicos, siempre que haya un acuerdo electrónico con predisposición de las partes, con independencia del medio a través del cuál se configure, prima facie este podría revestir de la validez legal necesaria para configurar un verdadero acuerdo según los preceptos generales de contratación establecidos en el CCyC que ya fueron analizados.

[25] Infobae. "Los servicios de mensajería más utilizados en la Argentina" (2013), https://www.infobae.com/2013/09/23/1510843-los-servicios-mensajeria-mas-utilizados-la-argentina/ (Consultado el 19 de octubre de 2021).
[26] Bielli, Gastón Enrique y Ordoñez, Carlos J. "El Covid y la hiperexpansion de la contratación electrónica". Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (2020), https://iadpi.com.ar/2020/08/05/nuevas-metodologias-de-contratacion-electronica/ (Consultado el 13 de julio de 2021).

No obstante ello, en el caso "Bastias Yésica Carolina c/ Freire Marcelo José s/ despido"[27], la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza declaró inadmisible la demanda de Bastias quien argumentaba que se le habían encargado trabajos en forma continua y recurrente por WhatsApp, por entender que dichos mensajes aportados no eran "prueba confiable" para demostrar la relación laboral si no se realizaba una pericia para avalarlos. Como argumentación, la Corte manifestó que estos mensajes instantáneos son fácilmente alterables y que por ello no son prueba contundente "sobre los supuestos encargos de trabajo ni sobre la modalidad de la supuesta relación laboral que pretende la actora".

Es así que, una vez más, nos encontramos frente a un contrato que en cuanto a la regulación del CCyC sobre contratación en general cumple con todas las disposiciones pero, no obstante ello, se lo considera "menos válido" o directamente inválido. Otra vez la pregunta que surge de ésto es: ¿por qué un contrato celebrado mediante mensajes de WhatsApp, aplicación utilizada por el 97% de los argentinos tenedores de un dispositivo inteligente, es menos válido que un contrato hecho en papel si la voluntad de las partes es exactamente la misma?

Al igual que en el caso de los correos electrónicos, la realidad es que desde mi perspectiva los jueces deberían empezar a adaptarse a lo que el mundo digital que predomina hoy en día exige pero, al fin y al cabo, los jueces están haciendo una interpretación correcta de lo que nuestro deficiente CCyC regula y, por ello, no cabe hacerles una crítica en este sentido. Lo que realmente debe cambiar para poder aggiornar a la Argentina a lo que la realidad y el mundo digital le imponen es el plexo normativo brindado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

3. E-commerce y derecho de consumo: plataformas de compraventa

Aunque hasta el momento parece que todo sobre la regulación de contratos electrónicos argentinos merece una crítica feroz, la realidad es que no se debe dejar de destacar lo que nuestros legisladores han hecho acertadamente. Por ello, es momento de volver a darle lugar al e-commerce y al derecho de consumo en nuestro país. Todos hemos comprado, o al menos visitado, un sitio de comercio electrónico alguna vez; ahora bien, ¿dónde y cuándo nace el (hoy) famoso e-commerce?

Como afirma Cárdenas[28], el paso previo a la venta a través de Internet fue la venta por catálogos que, obviamente, fue potenciado con la aparición de los teléfonos al permitirle a los consumidores

[27] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, "Bastias Yésica Carolina c/ Freire Marcelo José s/ despido" (2021), https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/04/16/fallos-prueba-por-whatsapp-los-mensajes-aportados-no-son-prueba-suficiente-de-la-relacion-laboral-sin-una-pericia-tecnica-que-los-avale/ (Consultado el 20 de octubre de 2021).
[28] Cárdenas, Jesus. "Conoce la historia del comercio electrónico y cómo ha evolucionado hasta hoy". RockContent Blog (2020), https://rockcontent.com/es/blog/historia-del-comercio-electronico/ (Consultado el 5 de febrero de 2022).

adquirir bienes y servicios sin tener que moverse de sus hogares. Sin embargo, el gran salto o "boom" del comercio se dio, justamente, con la aparición de Internet.

El comercio electrónico es hoy utilizado a diario por millones de consumidores. Como es de público conocimiento, la empresa argentina "Mercado Libre" ha potenciado enormemente las oportunidades de los consumidores ya que les permite realizar compras simples, seguras y desde la comodidad de sus hogares. A raíz de ello, se puede afirmar que el impacto de la informática y la tecnología permitió ampliar los ámbitos de actividad y desarrollo de las empresas, generando como consecuencia la "supresión" de fronteras y trayendo consigo grandes beneficios a la economía mundial.

Como afirman Bielli y Ordóñez, "la contratación electrónica en la web está destinada a convertirse en la panacea de los contratos de consumo, absorbiendo año tras año un mayor número de consumidores y usuarios que sucumben ante las enormes facilidades que ofrece esta modalidad"[29].

A raíz de ello, se torna de especial relevancia analizar lo sucedido durante la pandemia de COVID-19 donde los ciudadanos de todo el mundo debieron permanecer en sus hogares durante meses sin poder salir de ellos. Fue así que la modalidad de contratación electrónica no pudo más que crecer exponencialmente hasta encontrar su apogeo, dado que por la practicidad se convirtió en la única manera que tenían millones de proveedores y consumidores de contratar y obtener los bienes y recursos que necesitaban. El comercio electrónico fue el único medio que tuvieron los proveedores de alrededor del mundo de mantener abiertos sus negocios para poder seguir captando a los clientes que se encontraban aislados en sus hogares.

De hecho, durante el año 2020 donde Argentina tuvo una cuarentena estricta de aproximadamente nueve meses, Mercado Libre "tuvo ingresos netos por US$3973 millones (un 73% más que en 2019)"[30]. Durante la pandemia, Mercado Libre aumentó su facturación y creció en cuanto a usuarios dado que, al no tener los usuarios otra alternativa para adquirir bienes, no les quedó otra opción que aggiornarse a lo que los "nuevos tiempos" imponían.

Ahora bien, el problema que subyace tanto de Mercado Libre como de otras plataformas de comercio electrónico como OLX o el shop online de cualquier tienda es que en casi todos (por no decir todos) los casos, suele haber grandes limitaciones a la autonomía de la voluntad del consumidor. El consumidor o usuario no pasa por un proceso de negociación sino que tiene dos opciones: aceptar o rechazar lo predispuesto por la plataforma. Más allá de esto, y tal y como

[29] Bielli, Gastón Enrique y Ordoñez, Carlos J. "El Covid y la hiperexpansion de la contratación electrónica". Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (2020), https://iadpi.com.ar/2020/08/05/nuevas-metodologias-de-contratacion-electronica/ (Consultado el 13 de julio de 2021).
[30] LA NACIÓN. "Mercado Libre: los números que muestran el crecimiento del gigante argentino en 2020" (2021), https://www.lanacion.com.ar/economia/mercado-libre-numeros-claves-entender-crecimiento-del-nid2617050/ (Consultado el 5 de febrero de 2022).

afirman Bielli y Ordóñez, “muchas veces (se) esconden extensas condiciones generales y particulares de contratación, regulatoria de muchos aspectos claves de la operatoria y que tal vez ni siquiera son leídas por sus destinatarios, sucumbiendo ante los peligros del consentimiento click wrap agreement”[31]. Los click wrap agreement son básicamente aquellos contratos en los que la exteriorización de la voluntad implica un simple “click” con el mouse o en la pantalla touch, presuponiendo la aceptación de todas las condiciones generales y particulares.

Dicho esto, queda claro que este tipo de contratos electrónicos son contratos de adhesión donde el consumidor o usuario no tiene voz ni voto para discutir o modificar las condiciones. Por ello, y tal y como se explicó en capítulos anteriores, nuestro CCyC establece conforme al artículo 1105 que los contratos celebrados por Internet son una especie dentro del género de contratos de consumo celebrados a distancia. En otras palabras esto quiere decir que la legislación argentina SI regula a los contratos electrónicos de consumo y, de hecho, les brinda un tratamiento de mayor protección favorable al comprador o usuario.

Esto es interesante de más dado que a pesar de que las ventas por medios electrónicos ya estaban reguladas en la LDC (ley de raigambre constitucional según el art. 42 de la Constitución Nacional), el CCyC lo vuelve a recoger e incorpora aspectos sobre la debilidad y consecuente protección del usuario o consumidor. Lo cierto es que aunque hubiera resultado más acertado situar los contratos celebrados de manera electrónica dentro del título que regula los contratos en general para hacer extensiva su aplicación a todo tipo de contratos por todo lo antes explicado, nuestro CCyC no lo hace de esta manera. Por ende, a pesar de que la normativa que tenemos es deficiente, lo cierto es que no queda duda alguna respecto a que los contratos de consumo celebrados mediante plataformas electrónicas están, indefectiblemente, protegidos por nuestra legislación. Por ende, a diferencia de lo que sucede con los emails o los sistemas de mensajería instantánea, todo contrato de consumo celebrado por medios electrónicos será igual de válido que el contrato tradicional celebrado con papel y birome.

Dicho esto, y considerando que el CCyC hace referencia a la normativa propia de los contratos electrónicos de consumo en el Título III (Arts. 1092 a 1095) y en los artículos 1106 a 1108, a la hora de analizar la validez o distintas cuestiones de un contrato electrónico de consumo se deberá congeniar con todo este conjunto de normas de aplicación más allá de lo establecido por la normativa especial de la LDC. Por ende, este tipo contractual tiene una enorme protección que, desde mi perspectiva, sería interesante poder replegar a todo otro tipo de contrato electrónico que pudieran llegar a celebrar distintas partes contratantes.

[31] Bielli, Gastón Enrique y Ordoñez, Carlos J. “El Covid y la hiperexpansion de la contratación electrónica”. Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (2020), https://iadpi.com.ar/2020/08/05/nuevas-metodologias-de-contratacion-electronica/ (Consultado el 13 de julio de 2021).

IV. Temas esenciales a considerar para la regulación de la contratación electrónica

Siendo que la principal problemática en torno al instituto de los contratos electrónicos es la deficiente regulación que se le da en la Argentina y la consecuente inseguridad jurídica que genera en los usuarios que quieren realizar transacciones comerciales de manera electrónica, parece fundamental pasar a examinar cuáles serían, a criterio propio, los tres principales temas a considerar y analizar para una futura regulación.

Si graficamos la figura de los contratos electrónicos como un triángulo donde cada uno de los vértices compone un tema esencial que se debería tener en cuenta para su regulación, desde mi perspectiva estos vértices estarían compuestos por las siguientes temáticas: identidad, autenticación y consentimiento. Ahora bien, además de ello, creo que también es interesante analizar, por fuera de los elementos esenciales, cuáles serán los desafíos que supondrá dicha regulación.

A. Identidad

La Real Academia Española (en adelante "RAE") define el concepto de "identidad" como aquel "conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás"[32]. Dicho esto, podemos afirmar que la identidad es un componente indispensable en todo contrato que se celebra dado que los contratos son pactos donde cada una de las partes se obliga a cumplir y respetar determinadas condiciones. Como consecuencia de ello, si no supiéramos la identidad de alguna de las partes, pues entonces sería imposible compeler a que ésta parte cumpla con su obligación y, como resultado, el contrato dejaría de ser eficiente.

Ahora bien, por razones obvias, no es lo mismo lograr probar la identidad de las partes en un contrato donde dos personas se presentan a firmar de manera física que probar la identidad de un contrato que se celebra de manera electrónica y "a la distancia". Dicho esto, me atrevo a afirmar que asegurar la identidad digital de los contratos firmados de manera electrónica cobra especial relevancia. ¿Por qué? Porque si posteriormente a la celebración del contrato la identidad no es probada, pues entonces el negocio habrá sido inexistente y el contrato carente de validez.

En un contrato firmado de manera presencial, es más sencillo corroborar que quien firma es quien alega ser: uno tiene contacto con la contraparte e incluso puede pedir determinados documentos para corroborar la identidad del individuo. En cambio, en los contratos electrónicos esto se torna un tanto más engorroso y este es el "punto débil" que muchos señalan como justificativo a no contratar de manera electrónica. Sin embargo, lo cierto es que en los autos "M. G. N. c/ Cía.

[32] Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23. ª ed., [versión 23.5 en línea]. https://dle.rae.es/identidad?m=form (Consultado el 13 de abril de 2022)

Financiera Argentina S.A. s/ daños y perjuicios"[33] de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (junio 2021), la Compañía Financiera Argentina S.A. le otorgó un crédito personal a una persona que se presentó en las oficinas de la Delegación General Rodríguez del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires con el DNI de un tercero y la fotografía cambiada. Por supuesto que la financiera fue condenada a pagar una indemnización, pero lo interesante aquí es comprender que incluso fuera del "mundo digital" las usurpaciones y robos de identidad existen. El DNI es la prueba por excelencia de identidad de una persona y aunque sería extremadamente exigente exigirle a las oficinas de registro de las personas que desplieguen una actividad investigativa cada vez que alguien presenta tal documento, debería existir cierta diligencia al momento de verificar la imagen y firma de quien presenta el documento.

Además, lo cierto es que aunque un contrato se firme de manera presencial, cuando las partes quieren realmente asegurarse que de haber un conflicto no habrá ninguna discusión sobre quién firmó, las firmas se certifican mediante un escribano. Con lo cual, no necesariamente es válido el argumento de que una firma ológrafa asegura que quien firmó es quien firmó porque sino no existirían los escribanos para certificar las firmas cuando los contratos son importantes.

No obstante ello, lo que nos compete en la tesis en cuestión es particularmente la prueba de la identidad en el mundo digital: ¿cómo podemos hacer para probar la "identidad digital" de una persona y evitar una posterior invalidez del contrato? Bielli y Ordoñez definen el concepto de identidad digital como aquel "conjunto de datos electrónicos o información que el individuo haya introducido voluntariamente al mundo virtual, como así también el historial de su actividad, generación de nombres de usuario y contraseñas, actividades de búsqueda en línea, historial de compras, vinculaciones que efectúa a través de las más diversas plataformas existentes (ya sea en las redes sociales, foros, portales para la visualización de vídeos, participación en blogs, activismo virtual, etc.), conjuntamente con los intercambios comunicaciones que genere ese individuo en el tiempo, con otras identidades digitales (familia, amistades, compañeros de trabajo, desconocidos, entre otros casos)"[34]. En otras palabras, esto quiere decir que la identidad digital está compuesta por toda la actividad que un individuo realiza en el espacio digital o cibernético.

A raíz de ello, surge el problema central que nos compete y que, casualmente, es la principal crítica que hacen las personas físicas y jurídicas que son reacias a utilizar el instituto del contrato electrónico: ¿no es extremadamente sencillo robar la identidad digital de una persona y realizar contrataciones en su nombre?

[33] M. G. N. c/ Cía. Financiera Argentina S.A. s/ daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala/Juzgado I de 29 Jun. 2021 https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/07/15/fallos-usurpacion-de-identidad-una-entidad-financiera-otorgo-un-credito-personal-a-una-persona-que-presento-el-dni-de-otra-con-la-fotografia-cambiada-y-ahora-debera-indemnizarla/ (Consultado el 13 de abril de 2022)

[34] Bielli, Gastón Enrique y Ordoñez, Carlos J. "El Covid y la hiperexpansion de la contratación electrónica". Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (2020), https://iadpi.com.ar/2020/08/05/nuevas-metodologias-de-contratacion-electronica/ (Consultado el 13 de julio de 2021).

Desde mi perspectiva, es aquí donde viene la parte fundamental de la temática y lo que se debe regular para evitar cualquier tipo de problema: las medidas de seguridad. Lo cierto es que cuantas más medidas de seguridad se apliquen a la hora de realizar contratos electrónicos, pues entonces existirá menos probabilidad de robos de identidad y como consecuencia tendremos más gente que quiera utilizar el instituto del contrato electrónico ya que al probarse la identidad, no habrá lugar para futuras anulaciones de los contratos.

Hoy en día la temática de la validación de identidades respecto a la contratación electrónica ha avanzado a pasos agigantados. En general, todas las plataformas exigen determinado registro de datos personales sumado a la creación de un usuario y contraseña para poder navegar y, en muchos casos (aunque sería ideal que fuera en todos), la plataforma exige, para corroborar la veracidad de la identidad digital, que el usuario escanee su DNI, se tome una selfie para realizar el reconocimiento facial o que la vinculación se haga a través de alguna otra red social que posea el solicitante. Por ejemplo, en el caso de la plataforma EdX –plataforma que personalmente he utilizado para realizar varios cursos en línea–, se me solicitó tanto el escaneo del DNI como el sacarme una fotografía sosteniendo el documento. A mi entender, el análisis de estos datos con la diligencia debida constituye prueba más que suficiente para probar la identidad de una persona; no obstante, no descarto que también se pudiera exigir un complemento del escaneo de la firma para mayor seguridad. Lo cierto es que cuantas más medidas de seguridad se tomen, mayor certeza tendrá la transacción y, afortunadamente, podremos llegar al punto de que contratar electrónicamente sea irrebatible, siendo este tipo de contratación mucho más certera que la de la “modalidad presencial”.

La aceleración de los procesos tecnológicos pone sobre la mesa la enorme insuficiencia de la normativa argentina para lograr una seguridad jurídica que permita normalizar el uso de los contratos electrónicos. El marco de la pandemia ha intensificado esta problemática de manera clara y es así que la realidad se le ha adelantado al Derecho, debiendo éste ser rápido para crear normas útiles para brindar no solo seguridad jurídica a los usuarios sino también fomentar el desarrollo económico a través de la importante figura de la contratación electrónica. Tenemos las herramientas para lograr que la identidad de los contratantes electrónicos se pueda probar de manera sencilla y rápida, de hecho y como se analizó, muchas plataformas ya utilizan estos métodos. De hecho, muchos gobiernos ya están hablando del concepto de “documento de identidad digital” como Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) para el año 2030, documento que permitirá “desde el acceso a los servicios públicos y a la asistencia sanitaria, hasta la recepción de

pagos gubernamentales, e incluso el uso de productos y servicios en línea del sector privado"[35] y que en Singapur ya se utiliza de manera exitosa.

La Unión Europea también tiene en miras la identidad digital ya que en junio de 2021, la Comisión Europea propuso darle a cada ciudadano del bloque credenciales de identidad digital, reconocidas en cualquier lugar de la UE[36]. Con ella, el individuo tendría acceso a sus credenciales desde una billetera digital y desde su dispositivo móvil. Como consecuencia, cada ciudadano de la UE tendría la posibilidad de probar su identidad de manera fácil y confiable permitiéndole acceder a servicios tanto públicos como privados de manera online, fácil y rápida.

Entonces: ¿qué es lo que estamos esperando para llevar toda esta increíble tecnología que nos brinda el Siglo XXI al ámbito de la contratación electrónica?

B. Autenticación

La autenticación es el proceso a través del cual se acredita que determinado documento es auténtico. Y auténtico, según la RAE es todo aquello "acreditado como cierto y verdadero por los caracteres o requisitos que en ello concurren"[37]. A partir de ello, podemos afirmar que la autenticación es, entonces, un concepto muy ligado al de identidad que es también fundamental a la hora de la formación de todo documento electrónico. Es por ello que cobra especial relevancia su análisis concreto.

Dado que la autenticación es el procedimiento a través del cual se acredita que un documento es verdadero y legítimo, esta será indispensable para poder imputar la autoría a los contratantes. Cuando hablamos de autenticación hablamos, en principio, de la autenticidad del documento: que el documento sea realmente legítimo. Ahora bien, para que el documento sea auténtico, pues entonces también las firmas deberán ser legítimas. ¿Por qué? Porque es la autenticación la que nos va a permitir dar fe del consentimiento electrónico de cada una de las partes contratantes y por ello constituye uno de los elementos imprescindibles para tomar por válido cualquier acuerdo (ya sea del "mundo digital" o no). Dicho esto, surge que también la autenticidad del documento estará estrechamente relacionada con el requisito de integridad dado que todo documento será auténtico siempre y cuando sea completo, no haya sido alterado y su contenido sea suficiente como para proporcionar una visión coherente y completa de los hechos.

---

[35] Handforth, Calum y Kendrick, Lee. "Formas en que la tecnología digital puede eliminar la "brecha de identificación". Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2022), https://www.undp.org/es/blog/formas-en-que-la-tecnolog%C3%ADa-digital-puede-eliminar-la-brecha-de-identificaci%C3%B3n (Consultado el 30 de mayo de 2022)

[36] Thales Group "THE EU DIGITAL ID WALLET IS COMING. HERE'S WHAT IT MEANS FOR YOU" (2022), https://www.thalesgroup.com/en/worldwide-digital-identity-and-security/government/magazine/eu-digital-id-wallet-coming-heres-what (Consultado el 30 de mayo de 2022)

[37] Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23. ª ed., [versión 23.5 en línea]. https://dle.rae.es/aut%C3%A9ntico?m=form (Consultado el 13 de abril de 2022)

Para dar un ejemplo, me gustaría analizar la Sentencia 74/2021 de la Audiencia Provincial de Lleida el 29 de enero de 2021[38]. En este caso particular, el tribunal rechazó la validez de un crédito realizado mediante DocuSign dado que la prestamista no pudo probar que la firma electrónica fuera real y perteneciera a quien se alegaba. Lo cierto es que en un contrato que se firma con ambas partes presentes siempre será más sencillo corroborar que quien firma sea quien alega ser. No obstante, en los contratos electrónicos esto se torna un tanto más engorroso y es por esa razón que la Audiencia Provincial de Lleida consideró que en el caso particular se estaba ante una falta de prueba, siendo la demandante quien debía soportar el cargo de acreditar que la firma perteneciera a quien se invocaba. En otras palabras, la Audiencia Provincial dejó el contrato bajo análisis sin efecto dado que consideraron que este carecía de autenticidad e integridad por no poder la parte actora corroborar que aquella firma electrónica pertenecía a quien se invocaba.

Dado que cuando se celebra un contrato de manera electrónica las partes suelen prescindir del soporte papel, es necesario disponer de reglas que permitan que la transacción siga siendo segura al poder identificar a ambas partes ante cualquier conflicto que pudiera surgir. Por ello es que, una vez más, contar con las plataformas adecuadas, seguras y avaladas por la legislación argentina debería ser la conditio sine qua non para que, ante un incumplimiento, el resultado del pleito judicial no termine dependiendo de la presentación de la prueba tal y como sucedió en la Sentencia 74/2021.

Es menester señalar que aquí vuelven a entrar en juego y serían de especial utilidad los ya analizados institutos de firma electrónica y firma digital. Sin embargo, cabe recordar que aunque nuestras normas legales contemplan tanto la firma digital como la electrónica y estas serían de gran ayuda para corroborar si un contrato electrónico cumple con los requisitos de identidad y autenticación, lo cierto es que cuando uno analiza la regulación de firma digital y electrónica en conjunto con el resto de las normas del sistema argentino (como por ejemplo con las normas del CCyC), la positiva regulación de firma digital y electrónica pierde relevancia porque, por lo expuesto a lo largo de toda la tesis, seguimos estando frente a una enorme inseguridad jurídica a la hora de realizar transacciones electrónicas que no sean de consumo, consecuencia inaceptable para la sociedad del Siglo XXI que es una colectividad ya completamente digitalizada. Cabe destacar que en casos como estos también sería de gran utilidad y jugaría un rol muy importante la figura del documento de identidad digital analizado en el apartado anterior.

[38]Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, Sentencia 74/2021 de 29 Ene. 2021, Rec. 158/2020, https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDCzMDcwMDJQK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSlMBFug50kUAAAA=WKE (Consultado el 9 de marzo de 2022).

C. Consentimiento

El consentimiento, también ligado a los otros dos conceptos previamente analizados, es otro de los elementos imprescindibles para poder tomar por válido un acuerdo electrónico ya que es uno de los elementos más cuestionados respecto a la contratación electrónica. La RAE define específicamente el "consentimiento en los contratos" estableciendo que se trata de la "conformidad que sobre su contenido expresan las partes"[39].

Lo cierto es que en las contrataciones sincrónicas, al existir una inmediatez temporal, la emisión de la manifestación de la voluntad y la recepción se realizan de manera simultánea. Por ende, en toda contratación entre presentes, además de que nunca vamos a tener un problema respecto a la manifestación del consentimiento, tampoco tendremos inconvenientes en referencia al ordenamiento jurídico para la formación del mismo.

Respecto a la manifestación del consentimiento, lo positivo es que podemos afirmar que la legislación argentina en el art. 284 del CCyC establece que "siempre que no exista forma alguna impuesta por ley, la manifestación de la voluntad puede realizarse por cualquiera que las partes estimen conveniente, rigiendo en su plenitud el principio de libertad de formas". Por ende, dado que, como ya se ha analizado, muchas veces la manifestación de la voluntad de manera remota brinda incluso mayor seguridad y certeza que la manifestación de la voluntad de manera presencial y oral, la legislación argentina parece tener un marco adecuado en referencia a la formación del consentimiento de manera electrónica.

Ahora bien, el inconveniente surge, a mi entender, con respecto al ordenamiento jurídico que regirá el contrato. Para graficar esto, me permito dar el siguiente ejemplo: si un argentino estuviera contratando por Zoom con un alemán que se encuentra en Alemania, podríamos, por lo antes expuesto, entender que se trata de un modo de contratación sincrónico "entre presentes" de manera física. Sin embargo, el inconveniente que podríamos llegar a tener aquí es de Derecho Internacional Privado, de conflicto de leyes. ¿Por qué? Porque van a haber 2 ordenamientos jurídicos en juego: el argentino y el alemán. Entonces uno se preguntaría cuál es la ley rige ese acto, qué ley rige la capacidad y la forma de celebración del contrato. Esto, en cambio, nunca sucedería en la contratación entre presentes. Esta situación se dio, precisamente, en el fallo "Favale, Roque Daniel y otro c/ DESPEGAR.COM.AR S.A. s/ ordinario"[40], donde se discutió (entre otras cosas) la ley aplicable al contrato teniendo en cuenta que Despegar planteaba que tenía su sede en Argentina.

---

[39] Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23. ª ed., [versión 23.5 en línea]. https://dle.rae.es/consentimiento (Consultado el 13 de abril de 2022)

[40] Favale, Roque Daniel y otro c/ Despegar.com.ar S.A. s/ ordinario. Juzgado del Fuero N° 8, Secretaría N° 15 de 28 Jun. 2019. https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/JURISPRUDENCIA-CONSUMIDOR-10-9.pdf (Consultado el 13 de abril de 2022)

Por ende, aunque prima facie parece que el ordenamiento argentino tiene “todo resuelto” con respecto al consentimiento en la contratación electrónica, la realidad es que esto no es así y vamos a tener que prestar especial atención al problema de Derecho Internacional Privado explicado anteriormente.

Como breve resumen, me gustaría destacar que, por todo lo expuesto hasta el momento, es evidente que los elementos de identidad, autenticación y consentimiento deberán ser analizados en profundidad y considerados a la hora de implementar una futura regulación acorde sobre contratación electrónica. Solo mediante el análisis de estos tres pilares se lograrán cubrir las lagunas legales y así nuestro país se permitirá crecer económicamente dado que el tráfico comercial electrónico se encuentra, hoy, en su máximo esplendor de desarrollo. Lo cierto es que, tal y como se analizó, las herramientas las tenemos: se trata simplemente de poner todo en práctica de manera armoniosa y beneficiosa para que toda persona física y/o jurídica que quiera hacer uso del instituto del contrato electrónico lo pueda hacer con total seguridad.

D. **Desafíos que supone la regulación**

Una vez más queda claro que la masividad de Internet y los medios de comunicación rompen con los esquemas básicos de contratación a los que estamos acostumbrados, quebrando las barreras de tiempo y espacio y dando nacimiento a actos jurídicos que son muy distintos a lo regulado y contemplado por nuestra legislación y que, por ende, necesitan un abordaje diferente y más profundo.

La teoría general de los contratos necesita una reconfiguración urgente que la permita adaptarse a las novedades que el mundo globalizado le propone, donde, de manera evidente, predominan las vías electrónicas.

La tecnicidad que rodea al instituto del contrato electrónico y a cada una de las aristas del triángulo es uno de los grandes desafíos de la materia, que espero sean abordados por nuestros legisladores a la brevedad para así permitirle tanto a personas jurídicas como físicas que quieran llevar negocios adelante en Argentina, poseer la seguridad jurídica que una transacción como tal merece y así fomentar al tráfico comercial electrónico en nuestro país.

Es importante que la regulación del instituto del contrato electrónico sea abordado por profesionales que conozcan la tecnicidad especial que conlleva la contratación electrónica y que el ordenamiento jurídico incentive el uso de estos medios, permitiendo así, que cada vez más argentinos puedan acceder a contrataciones electrónicas o digitales. Solo con una regulación “inclusiva” y no limitante lograremos que el tráfico comercial argentino se acelere y podremos acercarnos, al menos un poco más, a lo que los países del primer mundo e incluso algunos en desarrollo ya le brindan a sus ciudadanos.

V. Derecho comparado

El derecho comparado es fundamental porque no solo nos permite contrastar los distintos sistemas jurídicos sino que a través de su análisis vemos facilitada la comprensión de nuestro propio sistema y nos ayuda a entender y ver al derecho como creación cultural. Asimismo, en un mundo globalizado, es difícil analizar el derecho de determinado país sin tener en cuenta las distintas fuentes internacionales sobre la temática; uno sería un ignorante si prescindiera de lo que sucede más allá de las fronteras en las que vive.

Dicho ello, y considerando que tal y como se analizó hasta el momento, Argentina tiene una regulación defectuosa sobre el instituto de los contratos electrónicos, cobra especial relevancia el análisis de las regulaciones de otras naciones sobre la temática. Para ello, se analizarán las regulaciones de Colombia y España como países de habla hispana situados en distintos continentes, Estados Unidos como el país americano pionero en tecnología y la Unión Europea como ejemplo de bloque o comunidad política que se avoca especialmente y fomenta el uso del instituto del contrato electrónico.

A. Colombia

En Colombia, el art. 864 del Código de Comercio define a los contratos tradicionales como aquellos acuerdos "entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"[41]. Fue en 1999 que, a partir de la Ley 527 de 1999[42], el Poder Legislativo colombiano definió y reglamentó "el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales" y estableció las entidades de certificación, entre otras disposiciones.

Fue precisamente el artículo 2 inciso b) de la Ley 527 donde se definió al comercio electrónico. El país del extremo norte de Sudamérica no definió al contrato electrónico como aquel acuerdo de voluntades entre CONSUMIDOR y PROVEEDOR (tal y como lo hace la limitante legislación argentina) sino que lo extendió a cualquier cuestión de índole comercial, "sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera".

[41] Código de Comercio - Colombia, https://leyes.co/codigo_de_comercio.htm#google_vignette (Consultado el 21 de abril de 2022)
[42] Ley 527 (1999), Poder Público - Rama Legislativa - Colombia, http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_col_Ley_527_de_1999.pdf (Consultado el 21 de abril de 2022)

Esto quiere decir que hace ya veintitrés años Colombia reconoce jurídicamente los contratos electrónicos, los cuales se constituyen mediante la declaración de voluntades, en un soporte digital y siempre que sean validados a través de firmas digitales o electrónicas. Colombia se ha adaptado a hacer un buen uso de las nuevas tecnologías y comunicaciones, superando de esta manera a países como Argentina que, en evidente posesión del mismo desarrollo tecnológico y comunicacional, no ha aprovechado los avances que le proporciona el mundo globalizado.

En otros términos, gracias al artículo 2 inciso b) de la Ley 527 cualquier compraventa celebrada en Colombia entre dos particulares donde los términos y condiciones no se plasmen en un papel físico sino en documentos electrónicos y/o en una serie de intercambio de mensajes de datos (art. 14), se tendrá por válida y producirá los mismos efectos y obligaciones que los que produce un contrato “tradicional”.

Toda oferta que contenga los elementos esenciales del negocio y sea comunicada al destinatario por el medio adecuado (art. 845) se tendrá por valedera en Colombia. Asimismo, la Ley 527 reconoce como “medio adecuado” el mensaje de datos, enfatizando con el principio de no discriminación que “no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos” (art. 14).

Lo cierto es que en materia de contratación tradicional, Colombia posee normas muy similares a las argentinas. Mediante el art. 824 se establece que los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco y el art. 845 reza que la oferta debe contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Por su parte, y como ya se analizó, el art. 864 define al contrato de una manera muy similar a la definición que otorga el CCyC argentino. No obstante, la gran diferencia que se debe destacar es el hecho de que la validez de los contratos electrónicos en Colombia ha sido materializada y alcanzada mediante una ley especial y particular sobre comercio electrónico (Ley 527). Sin embargo, aunque sancionar una ley particular sobre el instituto del contrato o comercio electrónico podría ser un camino interesante a seguir, lo cierto es que, como veremos en el caso de Estados Unidos, este no es el único camino posible ni tampoco el más sencillo para lograr la seguridad jurídica anhelada de los contratos electrónicos.

Colombia es un país que ha hecho un gran uso de los contratos electrónicos dado que incluso antes de la pandemia, en el año 2018, “el Ministerio del Trabajo colombiano expidió una circular que procura facilidades para que los contratos de trabajo se validen a través de firmas electrónicas o digitales, ello con el ánimo de fortalecer el comercio electrónico, el cual ha venido creciendo en la última década a una velocidad increíble”[43]. A su vez, mediante el Decreto

[43] Muñoz Hoyos, Keren Marcela; Montoya Muñoz, Ferney de Jesús y Giraldo Gómez, Juan Guillermo. “El reconocimiento de la contratación electrónica: comparativo entre la legislación colombiana y la española” (2020), https://alejandria.poligran.edu.co/handle/10823/2141(Consultado el 21 de abril de 2022)

4170/2011 Colombia creó la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente cuyo objetivo es optimizar la transparencia de los recursos del Estado a través del uso de desarrollos tecnológicos.

Asimismo, durante el aislamiento por la pandemia el gobierno colombiano decretó "el día sin IVA" en referencia a todas las compras que se realizaran sobre el territorio nacional, clara estrategia de reactivación económica. Tal y como analizan abogados del prestigioso Estudio Garrigues de España, esta medida sirvió como "prueba piloto y examen sobre el estado real del comercio electrónico en Colombia y dejó en evidencia las fallas que presenta la digitalización de la mayor parte del comercio"[44].

Lo cierto es que aunque Colombia tiene un gran camino por recorrer para lograr complacer por completo las necesidades de los consumidores, es evidente el enorme esfuerzo que tanto las autoridades públicas como los comerciantes están realizando. El uso de los contratos electrónicos en el ámbito público colombiano es una clara demostración de la popularidad y el éxito que ha alcanzado dicha forma de contratación en el derecho privado ya que de otra manera no se hubiese implementado. Por ende, podemos dilucidar de manera clara como una buena regulación sobre el instituto del contrato electrónico puede hacer crecer a un país no solo de manera privada sino también en el ámbito estatal y público, facilitándole la vida a los millones de usuarios y ciudadanos.

B. España

La regulación española se asemeja un poco a la colombiana dado que es la Ley 34/2002[45] de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (del 11 de julio de 2002) el principal sustento de la contratación electrónica en el país europeo.

Ahora bien, el "plus" que tiene España es que tal y como establece Pino Domínguez, "el ordenamiento jurídico español regula los contratos electrónicos de manera respetuosa en relación a la obligación que tiene, en virtud de la Directiva comunitaria *(Unión Europea)*, de velar por que su legislación permita la celebración de tales contratos bajo un régimen jurídico que ni entorpezca la utilización real de esta modalidad contractual, ni conduzca a privarles de efectos o de validez jurídica por el mero hecho de haberse celebrado por medios electrónicos"[46]. En otras palabras,

[44] Estudio Garrigues (España). "'Boom' del 'e-commerce' en Latam: así avanza su regulación tras los efectos del COVID-19" (2021), https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/boom_del_e-commerce_en_latam_asi_avanza_su_regulacion_tras_los_efectos_del_covid-19.pdf (Consultado el 25 de mayo de 2022)
[45] Ley 34 (2002) de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico - España, https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con (Consultado el 21 de abril de 2022)
[46] Muñoz Hoyos, Keren Marcela; Montoya Muñoz, Ferney de Jesús y Giraldo Gómez, Juan Guillermo. "El reconocimiento de la contratación electrónica: comparativo entre la legislación colombiana y la española" (2020), https://alejandria.poligran.edu.co/handle/10823/2141(Consultado el 21 de abril de 2022)

además de tener una regulación interna y particular para que la celebración de contratos electrónicos sea válida y segura, lo cierto es que, como miembro de la Unión Europea, España debe seguir otras varias directrices y regulaciones que se analizarán particularmente en la sección D de este capítulo.

Ahora bien, de manera "interna", España establece en el art. 23 de la Ley 34/2002 que "los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez". Además de cumplir con todos los mismos requisitos exigidos para los "contratos tradicionales", lo cierto es que para que un contrato electrónico tenga validez para el ordenamiento jurídico español, este debe contar con una firma electrónica que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley 59/2003, artículo 3. Esto quiere decir que en España la firma electrónica cuenta con el correspondiente respaldo de la legislación y, como consecuencia, cada vez hay más personas físicas y jurídicas que optan por soluciones tecnológicas de firma electrónica dado que esto les brinda una garantía de validez jurídica y seguridad.

La ley 59/2003 antes mencionada fue derogada por la Ley 6/2020 que reguló determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, y cuya finalidad fue adaptar el ordenamiento jurídico español a la regulación europea de eIDAS. El art. 25 de eIDAS, establece que "el efecto legal y la admisibilidad de una firma electrónica como prueba en el tribunal no se puede rechazar con el único motivo de que esta firma es en forma electrónica o que no cumple con los requisitos de una firma electrónica calificada"[47]. Por ende, con la derogación de la Ley 59/2003 de firma electrónica se suprimieron aquellos preceptos que eran incompatibles con el Reglamento eIDAS para evitar "que existan vacíos de normativa que puedan provocar situaciones de inseguridad jurídica en el uso de la firma electrónica y la prestación de servicios electrónicos de confianza"[48]. Podemos observar cómo al igual que en el caso colombiano, España reconoce jurídicamente los contratos electrónicos, la firma electrónica y se ha adaptado al avance de las nuevas tecnologías y comunicaciones. Dicho esto, cualquier compraventa celebrada en España de manera electrónica o digital se tendrá por válida y producirá los mismos efectos y obligaciones que un contrato "tradicional" celebrado mediante lapicera y papel. Esto hace que no solo se facilite e incentive la contratación electrónica, contribuyendo así al crecimiento económico del país, sino que mayor cantidad de personas que antes no podían acceder a contratar ahora lo puedan hacer de manera rápida, sencilla y segura.

Asimismo, cabe destacar que en España los contratos electrónicos también han llegado al ámbito de la contratación pública y se ha designado un encargado para regirla: la Comisión de

[47] Reglamento (UE) Nº 910/2014 (eIDAS) (2014), https://www.boe.es/doue/2014/257/L00073-00114.pdf (Consultado el 30 de mayo de 2022)
[48] Efirma Go. "La firma electrónica en España" (2021), https://www.efirma.es/firma-electronica-espana/ (Consultado el 30 de mayo de 2022)

Contratación Electrónica de la Asociación Nacional de Empresas de Internet (ANEI). Incluso en 2008 el país europeo implementó una plataforma electrónica de contratación pública para llevar a cabo contrataciones de obras y servicios públicos.

De lo dicho hasta aquí se observa de manera clara cómo tanto en Colombia a partir de la Ley 527 de 1999 como en España con la Ley 34 del año 2002, los contratos electrónicos son un instituto utilizado para toda relación comercial, teniendo los usuarios de estos países la misma protección jurídica en caso de contratar de manera electrónica que si lo hicieran a través de las formas tradicionales.

C. Estados Unidos

Dado que Estados Unidos suele ser el país de América con mayores avances tecnológicos, es pertinente su análisis en particular, aunque los resultados del análisis no parecieran necesariamente estar alineados con lo esperado para un país con los mencionados avances.

Tal y como explica Samuel G. Kramer, socio en la oficina de Chicago de Baker McKenzie en el área práctica de Propiedad Intelectual y Tecnología, en Estados Unidos no existe limitación a la celebración de contratos electrónicos siempre que se pueda demostrar la intención de obligarse de cada una de las partes[49]. Ahora bien, el abogado aclara que la ley y la jurisprudencia que se aplica para la contratación electrónica es la misma que se aplica a aquellos contratos "tradicionales". Por ende, a diferencia de lo que se vio en los casos de Colombia y España, Estados Unidos no tiene una legislación particular para la contratación o el comercio electrónico. Aunque si existe la Ley Uniforme de Transacciones de Información Informática (UCITA) que codifica la formación de contratos a través de "click wraps", dicha ley solo fue adoptada por los estados de Maryland y Virginia.

Ahora bien, aunque Estados Unidos no posea una regulación particular sobre el instituto del contrato electrónico, lo cierto es que los contratos electrónicos serán legalmente vinculantes gracias a la Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global e Internacional (ESIGN Act) y la Ley de Transacciones Electrónicas Uniformes (UETA) que establecen que las firmas electrónicas son válidas. La Ley ESIGN, sancionada en el año 2000 estableció de manera clara que ningún contrato, firma o registro es inválido por el mero hecho de ser en formato electrónico.

Parecería, entonces, que Estados Unidos posee una regulación muy similar a la Argentina al no tener una normativa especial para los contratos electrónicos. No obstante, lo que diferencia a ambas regulaciones es que en Argentina hemos tenido la inserción particular del instituto del

[49] Kramer, Samuel G. "At a glance: electronic contracts in USA". Baker McKenzie (2021), https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=74e9ac6e-06c2-4ea5-bd57-08a1e5a6eafd (Consultado el 22 de abril de 2022).

contrato electrónico dentro de las “modalidades especiales” del capítulo de los contratos de consumo y en lo relativo a las normas correspondientes al consentimiento entre ausentes, haciendo que, tal y como se viene analizando a lo largo de toda la tesis, se preste a interpretación el hecho de que el único tipo de contrato electrónico protegido jurídicamente es, entonces, el contrato electrónico de consumo. Por su parte, en Estados Unidos la firma electrónica tiene validez aceptada y se utiliza como manera de manifestar la voluntad en los contratos hace más de veinte años sin existir diferencias probatorias entre tipos de firmas electrónicas entre las cuales se encuentran las firmas con las características de las firmas digitales en Argentina hasta la mera inclusión de una firma en un contrato en papel que luego es escaneado para ser enviado a la contraparte quien podrá también imprimirlo firmarlo y reenviarlo escaneado.

Con esto quiero decir que aunque España y Colombia tomaron la posición de sancionar una ley particular para regular los contratos o el comercio electrónico, lo cierto es que éste no es el único camino posible ya que, como vemos, Estados Unidos ha tomado un camino mucho más sencillo y rápido pero igualmente efectivo; camino que Argentina podría imitar si de alguna manera u otra nuestros legisladores lograran hacer extensivo el art. 1105 del CCyC al resto de los infinitos contratos que no fueran de consumo.

D. Comunidad Europea (C.E.)

La Unión Europea, asociación económica y política formada por Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia, posee un tratamiento especial para los contratos electrónicos.

La asociación europea ha implementado hace ya varios años, el 8 de junio de 2000, la Directiva 2000/31/CE[50] del Parlamento Europeo y del Consejo. El artículo 9 de dicha normativa establece el tratamiento que le deberán dar los estados miembros a los contratos electrónicos impulsando que “los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”. Esto quiere decir que en todos los países de la Unión Europea, los contratos electrónicos tendrán un estatuto jurídico equivalente e idéntico al de los contratos en papel.

[50] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81295 (Consultado el 27 de mayo de 2022)

La justificación que ha encontrado la Comunidad Europea para sancionar dicha ley es que justamente el comercio electrónico es el medio esencial para eliminar las barreras que dividen a los pueblos europeos, permite el desarrollo del comercio electrónico, ofrece grandes oportunidades de empleo en la Comunidad (especialmente para las pequeñas y medianas empresas) e incrementa la competitividad de la industria europea. Por todas estas razones, los legisladores entendieron que es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores que exista una Directiva que indique un marco claro y de carácter general para los aspectos jurídicos del comercio electrónico.

Desde mi perspectiva, y siguiendo la línea de argumentación de los legisladores europeos, lo cierto es que los contratos electrónicos son hoy el instituto de derecho más importante que se debería fomentar para poder seguir avanzando de la mano de las nuevas tecnologías de la información y contribuir con el crecimiento económico. Por ello, la realización de esta tesis cobra especial y excesiva relevancia y es un llamado de atención a los legisladores argentinos para que, de manera urgente, nos brinden una legislación clara y completa sobre contratación electrónica tal y como se fue analizando a lo largo de estas páginas.

VI. Consideraciones finales

El presente trabajo tuvo en miras poder demostrar cómo las nuevas tecnologías de la comunicación e información plantean distintas inquietudes y deficiencias en el área contractual del Derecho. La contratación electrónica, potenciada por la masividad de Internet y estimulada aún más por los dos años de aislamiento y distanciamiento que tuvo la República Argentina durante los años 2020 y 2021, demostró de manera evidente que la forma tradicional de los contratos necesita un replanteamiento profundo. El trabajo en cuestión probó el hecho de que la normativa y regulación que posee actualmente nuestro país nos deja en desventaja en comparación con el resto de los países del mundo que sí se abocan a regular el instituto del contrato electrónico.

Ahora bien, lo interesante y lo que aporta esta tesis al mundo del Derecho es el hecho de que estamos frente a un problema que se puede solucionar dado que sus vicisitudes pueden ser superadas de manera bastante sencilla. Este trabajo demuestra que estamos a tiempo de regular la contratación electrónica en la República Argentina para así, tal y como dice Zuckerberg, tener en nuestras manos el poder de acercarnos al mundo.

Con todo esto dicho, lo que concierne ahora es establecer de qué manera es que podemos solucionar los desafíos que nos plantea el ordenamiento jurídico argentino respecto del instituto del contrato electrónico. Para ello, se dará una posible propuesta regulatoria que considere el hecho de que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación plantean nuevas exigencias de contratación que deben ser satisfechas lo antes posible. Argentina necesita darle

seguridad a la contratación en línea y requiere, de manera urgente, una regulación que reconozca el igual valor de los documentos electrónicos frente a los contratos tradicionales.

En primer lugar, cabe mencionar que el comercio electrónico simplemente supone un nuevo medio de manifestación de la voluntad y constitución de obligaciones pero no es, de ninguna manera, una fuente distinta de obligaciones. El comercio electrónico es, a grandes rasgos, una manera nueva y distinta que tienen las partes de un contrato de expresar la voluntad en función de los avances tecnológicos que nos brinda el mundo globalizado.

Por ende, desde mi perspectiva, y siguiendo la ley modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) o UNCITRAL (por sus siglas en inglés) sobre comercio electrónico, lo ideal sería que Argentina adopte el llamado “principio de equivalencia”, estableciendo que negar la validez de un contrato por el simple hecho de que su formato sea electrónico se encuentra totalmente prohibido. Seguir este camino sería imitar, de alguna manera, el modelo estadounidense que no tiene una legislación particular para la contratación o el comercio electrónico pero que plantea que no existe limitación a la celebración de contratos electrónicos siempre que se pueda demostrar la intención de obligarse de cada una de las partes.

El principio de equivalencia establece que los actos, contratos y documentos generados a través de vías electrónicas producen los mismos efectos que todo acto, contrato y/o documento celebrado de manera ológrafa o presencial. Por ende, si Argentina adoptara el principio de equivalencia, entonces todo documento en soporte papel y todo documento en soporte electrónico producirían los mismos y exactos efectos.

Lo cierto es que considerando lo analizado en el Capítulo II.A concerniente a la normativa de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, sabemos que nuestra normativa de fondo respecto a las normas generales de contratación nos daría el pie para que podamos hacer uso del principio de equivalencia. Recordemos que el art. 284 establece que “siempre que no exista forma alguna impuesta por ley, la manifestación de la voluntad puede realizarse por cualquiera que las partes estimen conveniente, rigiendo en su plenitud el principio de libertad de formas”, por ende todo contrato sería obligatorio sin importar la forma en la que haya sido celebrado. Asimismo, el art. 971 deja abierta la posibilidad a que el consentimiento se forme a través de medios digitales o electrónicos y de manera remota mientras que el artículo 1019 establece la “amplitud probatoria”.

Tal y como se analizó, la contratación electrónica no viola ninguna norma general del CCyC concerniente a la contratación tradicional. Por lo tanto, sería interesante que nuestro país utilizara el principio de equivalencia. No obstante, recordemos que nuestros legisladores mencionaron al famoso contrato electrónico en el art. 1105, dentro de las “modalidades especiales” del capítulo de los contratos de consumo y en lo relativo a las normas correspondientes al consentimiento entre

ausentes. Por lo tanto, si quisiéramos utilizar el principio de equivalencia, lo cierto es que estaríamos yendo en contra de lo que nos plantea nuestro código de fondo. Por ende, parecería que, entonces, la única forma de brindarle seguridad jurídica a la contratación electrónica sería tomar el camino que tomaron países como Colombia o España, donde se sancionó una ley particular y especial –recordemos que ley especial deroga ley general– para regular los contratos o el comercio electrónico.

Desde mi perspectiva, el camino más rápido que tiene Argentina hoy en día es sancionar una ley de contratación electrónica especial que establezca que los contratos electrónicos se regirán, además de por lo dispuesto en esa ley particular, por las normas generales de contratos establecidas en el Código Civil y Comercial y por las restantes normas de protección de los consumidores y de firma digital y firma electrónica analizadas a lo largo de esta tesis.

En consonancia con ello, una vez establecida la validez general de los documentos y contratos electrónicos, será interesante que la legislación no contemple una regulación pormenorizada de la contratación electrónica, sino que más bien se limite a reglas básicas sobre la prueba de los contratos, la intervención de terceros de los confianza, la ley aplicable y la determinación del momento y lugar de celebración para evitar los problemas de Derecho Internacional Privado que fueron mencionados en el presente trabajo.

Como breve conclusión, lo cierto es que a pesar de los esfuerzos de la CNUDMI/UNCITRAL, hoy en día no tenemos una uniformidad internacional respecto al tratamiento jurídico de los contratos electrónicos. Por ende, mientras algunos países resuelven la temática utilizando el principio de equivalencia y mecanismos como la firma digital o electrónica, otros países se ven obligados a regular una ley particular –tal y como es el caso de Argentina–. Sin embargo, lo importante al fin y al cabo será que, tal y como se demostró a lo largo de este documento, internacionalmente los distintos gobiernos se pongan de acuerdo en la importancia que tiene darle un marco jurídico al instituto del contrato electrónico, fundamental para el crecimiento económico y para permitir que mayor cantidad de personas que antes no podían obtener determinados bienes y servicios ahora lo puedan hacer de manera rápida, sencilla y segura.

Universidad de San Andrés

VII. Bibliografía

- Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, Sentencia 74/2021 de 29 Ene. 2021, Rec. 158/2020, https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDCzMDcwMDJQK0stKs7Mz7Mty0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSQ4sybUOKSIMBFug50kUAAAA=WKE (Consultado el 9 de marzo de 2022).

- Álvarez, Jesús "DIGITAL REPORT 2021: EL INFORME SOBRE LAS TENDENCIAS DIGITALES, REDES SOCIALES Y MOBILE". We Are Social (2021), https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-report-2021-el-informe-sobre-las-tendencias-digitales-redes-sociales-y-mobile/ (Consultado el 19 de octubre de 2021).

- Bautista, Fredy. "Las contrataciones electrónicas en tiempos de cuarentena, validez de los contratos electrónicos". Crowe (2020), https://www.crowe.com/ve/insights/posibilidad-cierta-de-contratar-electronicamente (Consultado el 13 de julio de 2021).

- Bielli, Gastón Enrique y Ordoñez, Carlos J. "El Covid y la hiperexpansion de la contratación electrónica". Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (2020), https://iadpi.com.ar/2020/08/05/nuevas-metodologias-de-contratacion-electronica/ (Consultado el 13 de julio de 2021).

- Cámara Argentina de Comercio Electrónico. "Reporte de gestión 2020" (2020), https://cace.org.ar/uploads/config/InformeCACE_Full_Final.pdf (Consultado el 30 de mayo de 2022).

- Campos, Pedro Ariel. "La ley de defensa del consumidor y sus implicancias actuales". Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas (2011), https://ar.vlex.com/vid/ley-defensa-consumidor-implicancias-644423337 (Consultado el 9 de octubre de 2021).

- Cárdenas, Jesus. "Conoce la historia del comercio electrónico y cómo ha evolucionado hasta hoy". RockContent Blog (2020), https://rockcontent.com/es/blog/historia-del-comercio-electronico/ (Consultado el 5 de febrero de 2022).

- CNACiv, Sala G, "Petitti, Fernando Esquivel c/ Asociación Cristiana de Jóvenes de la República Argentina s/ Daños y perjuicios" (2021), https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/097/865/000097865.pdf (Consultado el 19 de octubre de 2021).

Universidad de San Andrés

- Código de Comercio - Colombia, https://leyes.co/codigo_de_comercio.htm#google_vignette (Consultado el 21 de abril de 2022).
- Diario Ámbito Financiero. Artículo de The Economist destaca el acelerado crecimiento del e-commerce en la Argentina (2021), https://www.ambito.com/economia/the-economist/articulo-destaca-el-acelerado-crecimiento-del-e-commerce-la-argentina-n5195702 (Consultado el 7 de septiembre de 2021).
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81295 (Consultado el 27 de mayo de 2022).
- Efirma Go. "La firma electrónica en España" (2021), https://www.efirma.es/firma-electronica-espana/ (Consultado el 30 de mayo de 2022).
- Estudio Garrigues (España). "'Boom' del 'e-commerce' en Latam: así avanza su regulación tras los efectos del COVID-19" (2021), https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/boom_del_e-commerce_en_latam_asi_avanza_su_regulacion_tras_los_efectos_del_covid-19.pdf (Consultado el 25 de mayo de 2022).
- Farina, Juan M. "Contratos comerciales modernos". Editorial Astrea (1993).
- Favale, Roque Daniel y otro c/ Despegar.com.ar S.A. s/ ordinario. Juzgado del Fuero N° 8, Secretaría N° 15 de 28 Jun. 2019. https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/JURISPRUDENCIA-CONSUMIDOR-10-9.pdf (Consultado el 13 de abril de 2022).
- Handforth, Calum y Kendrick, Lee. "Formas en que la tecnología digital puede eliminar la "brecha de identificación". Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2022), https://www.undp.org/es/blog/formas-en-que-la-tecnolog%C3%ADa-digital-puede-eliminar-la-brecha-de-identificaci%C3%B3n (Consultado el 30 de mayo de 2022).
- Infobae. "Los servicios de mensajería más utilizados en la Argentina" (2013), https://www.infobae.com/2013/09/23/1510843-los-servicios-mensajeria-mas-utilizados-la-argentina/ (Consultado el 19 de octubre de 2021).
- iProUP. "Explosión e-commerce: Argentina está en el 'Top Five' de países con mayor potencial de crecimiento" (2021), https://www.iproup.com/innovacion/25285-argentina-esta-en-el-top-5-de-mayor-crecimiento-ecommerce (Consultado el 14 de septiembre de 2021).

QUAERERE VERUM
Universidad de San Andrés

- Jefatura de Gabinete de Ministros. “Firma Digital”. argentina.gob.ar (s/f), https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-tecnologica/innovacion-administrativa/firma-digital (Consultado el 1 de junio de 2022).

- Kramer, Samuel G. “At a glance: electronic contracts in USA”. Baker McKenzie (2021), https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=74e9ac6e-06c2-4ea5-bd57-08a1e5a6eafd (Consultado el 22 de abril de 2022).

- LA NACIÓN. “Mercado Libre: los números que muestran el crecimiento del gigante argentino en 2020” (2021), https://www.lanacion.com.ar/economia/mercado-libre-numeros-claves-entender-crecimiento-del-nid2617050/ (Consultado el 5 de febrero de 2022).

- Ley 527 (1999), Poder Público - Rama Legislativa - Colombia, http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_col_Ley_527_de_1999.pdf (Consultado el 21 de abril de 2022).

- M. G. N. c/ Cía. Financiera Argentina S.A. s/ daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala/Juzgado I de 29 Jun. 2021 https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/07/15/fallos-usurpacion-de-identidad-una-entidad-financiera-otorgo-un-credito-personal-a-una-persona-que-presento-el-dni-de-otra-con-la-fotografia-cambiada-y-ahora-debera-indemnizarla/ (Consultado el 13 de abril de 2022).

- Muñoz Hoyos, Keren Marcela; Montoya Muñoz, Ferney de Jesús y Giraldo Gómez, Juan Guillermo. “El reconocimiento de la contratación electrónica: comparativo entre la legislación colombiana y la española” (2020), https://alejandria.poligran.edu.co/handle/10823/2141(Consultado el 21 de abril de 2022).

- Nicholson, Pedro. “Hacia una modernización de los contratos”. Abogados.com.ar (2020), https://abogados.com.ar/hacia-una-modernizacion-de-los-contratos/26737#_edn10 (Consultado el 13 de julio de 2021).

- Noriega, Nina. “Contratos inteligentes, contratos electrónicos. Disrupción en el mundo jurídico argentino”. Lejister (2019), https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=64154e2cf2fdaafe6776c8c1b8e34dd4&hash_t=f89218ab27405b1f3c53aff8378e6dee (Consultado el 13 de julio de 2021).

- Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23. ª ed., [versión 23.5 en línea]. https://dle.rae.es (Consultado el 13 de abril de 2022)

Universidad de San Andrés

- Reglamento (UE) Nº 910/2014 (eIDAS) (2014), https://www.boe.es/doue/2014/257/L00073-00114.pdf (Consultado el 30 de mayo de 2022).
- Scotti, L., & e-libro, Corp. (2012). *Contratos electrónicos [recurso electrónico] / Luciana Scotti.* Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, “Bastias Yésica Carolina c/ Freire Marcelo José s/ despido” (2021), https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/04/16/fallos-prueba-por-whatsapp-los-mensajes-aportados-no-son-prueba-suficiente-de-la-relacion-laboral-sin-una-pericia-tecnica-que-los-avale/ (Consultado el 20 de octubre de 2021).
- Suyai Mendiberri, Lucia. “Las Firmas Digitales Emitidas En Argentina Serán Válidas En Uruguay”. Estudio Lerman & Szlak (2021), https://lermanszlak.com/es/las-firmas-digitales-emitidas-en-argentina-seran-validas-en-uruguay/ (Consultado el 9 de octubre de 2021).
- Thales Group “THE EU DIGITAL ID WALLET IS COMING. HERE’S WHAT IT MEANS FOR YOU” (2022), https://www.thalesgroup.com/en/worldwide-digital-identity-and-security/government/magazine/eu-digital-id-wallet-coming-heres-what (Consultado el 30 de mayo de 2022)
- VALIDe (Aplicación de Validación de firma y certificados Online de @firma), https://valide.redsara.es/valide/? (Consultado el 1 de junio de 2022).
- Vega Vega, J. A. (2005). Contratos electrónicos y protección de los consumidores / José Antonio Vega Vega.

Universidad de San Andrés