
CONDICIONES DE LA OFERTA EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO SEGÚN EL DERECHO URUGUAYO

MARCOS SPERATI, NATALIA

Master de Derecho de la Empresa

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTRATO ELECTRÓNICO. III. EL CONTRATO ELECTRÓNICO
Y LA LEY DE RELACIONES DE CONSUMO. IV. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN.

A) Los cambios tecnológicos en la sociedad de la información.

Los adelantos en la informática y las telecomunicaciones han producido cambios trascendentales, que han contribuido de forma decisiva al despegue de la denominada sociedad de la información. Uno de los fenómenos que ha crecido drásticamente y experimentando cambios radicales, es el del comercio electrónico, fundamentalmente a raíz de la revolución de Internet.

Lo que caracteriza al comercio electrónico moderno como algo diferente y novedoso, es la existencia de una infraestructura global de tecnologías de la telecomunicación y redes, en las que se lleva a cabo un proceso de digitalización y transmisión de la información.¹

B) Un nuevo paradigma.

Lo virtual constituye una fantasía, una representación onírica de la realidad o una alucinación. Sarra² al respecto expresa: *“La noción de virtualidad ha existido desde que los primates con rasgos antropomórficos adquirieron capacidad simbólica, por lo que sus orígenes se remontan, en realidad, hasta la prehistoria, cuando las pinturas rupestres de Altamira constituyeron el mundo virtual de sus creadores. Platón en su ‘alegoría de la caverna’, habla de existencia de un mundo ideal (¿un mundo virtual?) distinto del real. La ‘mimesis’ de Aristóteles, inducida en un público, generaba la ‘catarsis’, que era la capacidad de simulación emocional que habilitaba a los espectadores a entrar en empatía con los actores en el escenario e internalizar los dramas, con lo cual se producía un mundo virtual compartido: el drama”*.

Con el surgimiento de la comunicación masiva, la imprenta, la telegrafía, la telefonía, la radiofonía, la televisión y el teleprocesamiento multimedial, la virtualidad se evidencia aún más.

Siguiendo a dicha autora argentina, en estas “virtualidades”, la ubicación espacio-temporal no presentaba mayores problemas. Invariablemente “se era” en un determinado físico (lugar) y en una determinada materia (cuerpo). Actualmente, la digitalización posibilita la desmaterialización del hombre y la relativización espacial.³

Es así, que podría decirse que la era digital ha producido un drástico cambio de paradigma científico y social, y las consecuencias de este nuevo paradigma tecnológico afectan y modifican la estructura social y económica. En primer lugar permite distinguir la llamada Economía informacional; consistente en la capacidad de generación y manipulación de infraestructuras informacionales que son decisivas para el desarrollo y expansión de grandes empresas. En segundo lugar, la Economía Red, que es la descentralización de las grandes empresas y formación de redes o alianzas con pequeñas o medianas empresas. Por último, la Econo-

¹ José Antonio Gómez Segade, “Comercio electrónico en Internet”, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001, pag. 14.

² Andrea Viviana Sarra. “Comercio electrónico y derecho: aspectos jurídicos de los negocios en Internet” Bs. As. Astrea, 2000, pag. 79 y sgtes.

³ Gibson, Neruomancer; Negroponte, “Being digital”, citado por Andrea Sarra “Comercio electrónico...” pag. 82.

mía global, donde en realidad todas las áreas se encuentran subordinadas a este fenómeno: trabajo, comunicaciones, mercados financieros, cultura, etc.⁴

Internet constituye la sociedad, la infraestructura tecnológica y el medio organizativo que permite el desarrollo de una serie de nuevas formas de relación social, puesto que suponen una construcción social en torno a las redes de información con un altísimo valor para el tráfico jurídico y económico.

Como destaca Gómez Segade⁵, haciendo referencia a los pilares de la sociedad de la información, hasta el momento, los distintos instrumentos y medios técnicos suficientemente conocidos y útiles socialmente, como el teléfono, la radiodifusión, los satélites de comunicaciones, las bibliotecas funcionaban aisladamente, sin ningún tipo de interacción entre ellos, por lo que lo verdaderamente revolucionario es la interacción de estos distintos elementos.

Esta Sociedad de la Información impacta sobre el orden regulador de conductas, el Derecho, e impone que se efectúen nuevas reflexiones de las legislaciones y los dogmas vigentes. Es así, que la informática se presenta como una nueva forma de poder, siendo instrumento de expansión ilimitada e inimaginable del hombre y, una nueva forma de energía, de valor inconmensurable, que potencia y multiplica de manera insospechada las posibilidades de desarrollo científico y social.⁶

C) Proyecciones en el ordenamiento jurídico.

Los problemas planteados por el comercio electrónico, se proyectan sobre todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, pudiéndose enunciar entre los más importantes: la validez de los negocios y transacciones realizadas en la red, el control de las operaciones de comercio electrónico desde el punto de vista fiscal, la protección de los consumidores, la distribución de los riesgos, la publicidad en la red, la seguridad de las transacciones y medios de pago electrónico, la protección de la intimidad y los datos personales, protección de los derechos de propiedad intelectual y, en particular las creaciones amparadas por el derecho de autor.

El carácter transnacional del comercio electrónico, influye a la hora de enfrentar una regulación completa y razonable, ya que para cumplir las normas sobre Internet, la legislación puramente nacional tiene una eficacia relativa.⁷

Frente a la necesidad de otorgar seguridad jurídica a las relaciones que surgen de la utilización de medios electrónicos, se discute si corresponde o es viable sancionar para Internet una regulación normativa especial. En efecto, la legislación vigente que partía del presupuesto de regular un comercio de bienes tangibles, se encuentra con las dificultades de la nueva realidad de bienes digitales y servicios de Internet.⁸

El comercio electrónico no constituye una simple modalidad de comercio caracterizada por un soporte nuevo, sino que por el contrario, estamos ante una nueva forma de comerciar apoyada en una filosofía social y económica, totalmente distinta a la que estaba vigente.⁹

D) Ventajas y desventajas del comercio electrónico.

El impacto del comercio electrónico ha generado grandes ventajas. Desde el punto del vista del empresario, se pueden mencionar que una de las principales consecuencias de los avances tecnológicos es la reducción de los costos de transmisión, transporte, búsqueda de la información debido a la utilización de poderosos mecanismos de búsqueda y de hardware sofisticado. Asimismo disminuyen los costos de acceso a la red, como resultado del incremento de la capacidad de las computadoras y la amplísima interconectividad de la red, ofreciendo grandes oportunidades especialmente a las pequeñas unidades económicas.

Desde el punto de vista del consumidor, estos avances permiten al mismo que accedan al mercado mundial desde cualquier lugar, precios más bajos por la ausencia de intermediarios, ahorro de tiempo y gastos de desplazamiento por moverse en un mercado virtual abierto de forma permanente.

Sin embargo, el comercio electrónico no solo proporciona ventajas, sino que también genera una serie de riesgos, siendo los principales afectados los consumidores que son quienes tienen menos poder y conocimientos. Dichos problemas serán tratados más adelante, cuando analicemos específicamente la temática de la protección del consumidor.

⁴ Manuel Castells, citado por Hugo Daniel Carrion, "Contratos informáticos", www.delitosinformaticos.com. Fecha : 26/01/03.

⁵ José Antonio Gómez Segade, "Comercio ...", pag. 22.

⁶ Hugo Daniel Carrion "Contratos...".

⁷ José Antonio Gómez Segade, "Comercio electrónico...", pag. 29

⁸ Beatriz Bugallo "Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual", pag. 34 y sgtes.

⁹ José A. Gómez Segade "Comercio electrónico ...", pag. 39.

E) Nueva ubicación del consumidor.

En función de los actores del comercio electrónico, se puede realizar la clasificación de las principales modalidades de comercio electrónico; entre empresas o “*Business to Business*” (B2B), entre empresas y consumidores o “*Business to Consumer*” (B2C), entre consumidores o “*Consumer to Consumer*” (C2C) y entre empresas y administración o “*Business to Administrations*” (B2A).

De estas modalidades la que presenta mayor interés práctico, por los conflictos que genera, por el desequilibrio de las partes y que ha sido objeto de mayor regulación, es la de empresas y consumidores.

En efecto, en forma paralela al proceso de expansión del comercio electrónico, y quizás como una consecuencia del mismo, se constata una gradual preocupación en las legislaciones de derecho comparado y a nivel comunitario por otorgar una especial protección a los consumidores. Esta tendencia, se instaló en nuestro derecho positivo con la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250¹⁰, en virtud de la falta de simetría de los contratantes, interviniendo para dictar criterios sustanciales tendientes a controlar el contenido de los acuerdos, limitando la autonomía de las partes.

La ratio de la ley, apunta a la protección de la parte débil de la relación, por lo que el consumidor no es amparado como categoría *per se*, sino que lo es en la medida en que se trata de un sujeto débil en el marco de una relación jurídica. La razón de ser es la de evitar abusos, generados por la disparidad del poder de negociar, pues sea por razones económicas o de conocimiento el proveedor tiene una posición dominante¹¹, siendo esta disparidad más patente en el caso del consumidor del comercio electrónico, el cual no se trata de un técnico en aspectos informáticos, la empresa titular del servicio muchas veces no es fácilmente ubicable en caso de eventuales reclamos o de accionamientos de responsabilidad.¹²

F) Objeto del trabajo.

Nos proponemos en el presente trabajo analizar cómo se inserta esta nueva realidad tecnológica de la sociedad de la información en nuestro derecho positivo, haciendo especial referencia a las innovaciones introducidas por la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

En definitiva, pretendemos poner en el tapete, una serie de interrogantes al respecto.

En primer lugar, nos planteamos si el derecho clásico da respuestas adecuadas y coherentes a este nuevo mundo del comercio electrónico. Se formulan así las siguientes interrogantes: ¿la Teoría General del Contrato puede adaptarse a los contratos que se perfeccionan por medios electrónicos? O por el contrario ¿responden a principios propios, resultando el derecho vigente inadecuado y siendo por lo tanto necesario que sea objeto de una regulación específica?

La problemática que asimismo concita nuestra atención, se circunscribe a el papel que juega la ya mencionada ley 17.250 – con el nuevo posicionamiento del consumidor -, y en que medida su regulación alcanza también a los contratos electrónicos. Por ello, en segundo lugar, enfocamos las innovaciones trascendentales introducidas por dicha norma y nos preguntamos: ¿armoniza con el sistema vigente?, ¿se plantean contradicciones?, ¿da respuestas adecuadas a la contratación electrónica?

Las interrogantes que planteamos como objeto del trabajo, conllevan a una valoración de las normas jurídicas nacionales vigentes, en función de las necesidades de la dinámica y certeza jurídica de la contratación electrónica.

De los distintos estadios del contrato, se analizará el iter constitutivo del contrato electrónico, sistematizándose nuestro trabajo de la siguiente manera: a. *La oferta*, haciendo especial referencia a dos de las principales innovaciones que introduce la ley 17.250; su carácter vinculante y la admisión de la oferta al público, b. *La aceptación*, con las características de la modalidad clickwrap agreements utilizada en la contratación electrónica y los problemas de la voluntad emitida automáticamente por computadora c. *Momento del perfeccionamiento*. Por último se hará una especial referencia a la situación jurídica del consumidor, en el marco de la relación de consumo, a la luz de la sanción de la ley de relaciones de consumo.

¹⁰ Si bien ya había normas tuitivas del consumidor, las mismas se hallaban dispersas en diversos textos, careciendo de coordinación, eficacia y uniformidad: ley N° 10.940 sobre Consejo Nacional de Subsistencias y Contralor de Precios; la ley N° 16.226, la cual reguló el uso del etiquetado en ciertos productos, entendiéndose que no cumplir con estas exigencias normativas suponía publicidad engañosa.

¹¹ Juan Blengio “Ambito subjetivo de aplicación de ley de las Relaciones de Consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor la viabilidad de su extensión analógica” ADCU N° XXX, pags. 457 y 458.

¹² Beatriz Bugallo “Internet, ...”, pag. 49.

II. EL CONTRATO ELECTRÓNICO.

A) Noción

Dávora Rodríguez¹³ define la contratación electrónica como *“aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”*.

Lorenzetti, basándose en el nivel de impacto del medio electrónico, realiza la distinción de los contratos que pueden ser celebrados, cumplidos o ejecutados digitalmente en forma parcial o total.¹⁴

Lo fundamental, como lo destaca Fernández-Albor Baltar¹⁵, es que para que un contrato tenga la consideración de electrónico en sentido estricto de la expresión, es que los medios o instrumentos telemáticos intervengan en el momento de la conclusión del negocio y tengan por efecto la propia perfección del contrato.

B) Respuestas de los ordenamientos jurídicos a los problemas del comercio electrónico.

Cabe distinguir tres grupos de normas fundamentales: internacionales, comunitarias y nacionales.

La regulación de los contratos de consumo fue expresamente excluida del ámbito de aplicación de La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como de los Principios de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado). La primera tiene como propósito *“promover la uniformidad en su aplicación y asegurar la observancia de la buena fé en el comercio internacional”* (artículo 7, inciso 1). Por su parte UNIDROIT establece *“reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”* y actuar como *“principios generales del Derecho”*.

Específicamente sobre nuestra temática, en el ámbito internacional en 1966 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; en 1977 se publicó el GUIDEC (General Usage for International Digitally Ensured Commerce), promovida por la Cámara de Comercio Internacional, y que constituye un importante compendio de elementos de información y orientación sobre el comercio electrónico, y finalmente en 1998 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) celebró una conferencia ministerial en Ottawa, y en dicha conferencia se aprobó un plan de acción para el comercio electrónico. De todos estos instrumentos, el más importante y conocido es la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, cuya finalidad esencial es ofrecer a los legisladores nacionales un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional.

En el ámbito comunitario de la Unión Europea, en los últimos años se han aprobado diversas directivas de gran importancia para el comercio electrónico, siendo la más importante la Directiva 2000/31/CE del 8/6/00, la cual entre otras cosas se ocupa de la contratación electrónica y de la responsabilidad de los intermediarios.

En derecho comparado se puede reseñar el artículo 18 del Anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico española.¹⁶

A nivel nacional, en Uruguay todavía no hay normas específicas sobre contratación electrónica, salvo alguna norma aislada, como el artículo 16 de la ley 17.250 referente a la oferta que se realice fuera del local empresarial *“por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar...”*, regulando entre otros temas

¹³ Dávora Rodríguez, *“Manual de derecho informático”*, pag. 166.

¹⁴ Ricardo Lorenzetti, *“Comercio electrónico”*, pags. 173 y sgtes. *“El contrato puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla... Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso, se transfiere un digitalizado y se paga con ‘moneda digital’; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario; o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero.”*

¹⁵ Angel Fernández- Albor Baltar *“Régimen jurídico de la contratación en Internet”-“Comercio electrónico en Internet”*, pag. 265.

¹⁶ *“Los contratos celebrados por vía electrónica tendrán plena validez legal y producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, conforme a las normas generales relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos. A efectos de esta ley, se entenderá por contrato formalizado por vía electrónica el celebrado sin la presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, prestando estas su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos...”*

el derecho de rescisión o resolución del contrato que tiene el consumidor, que más adelante analizaremos. La citada ley introduce innovaciones fundamentales, que van a ser alcanzadas por las relaciones que surjan del comercio electrónico, siempre que se den los supuestos de la norma: una relación de consumo, es decir entre empresario y consumidor.

C) Normativa aplicable

1. ¿Es posible la adaptación de la normas de derecho común o es objeto de una normativa específica?

Al desarrollarse estas relaciones jurídicas, y surgiendo así los primeros conflictos, se plantea en la doctrina la discusión de si la regulación de los mismos será por las reglas generales de los contratos o será objeto de una regulación específica.

El tema a dilucidar es si el contrato electrónico contiene elementos o características especialísimas que determine que sea inviable recurrir a las normas vigentes que regulan la teoría general del contrato.

Es decir, si la innovación a nivel técnico influye en el ordenamiento jurídico, a un punto tal, que obliga a replantear los conceptos y normas existentes. Veamos las distintas posiciones que han surgido al respecto:

A) El contrato electrónico no supone alteraciones de la teoría general del contrato.

En general la mayoría de estos autores se inclinan por esta posición. Así Fernández – Albor Baltar expresa: *“los contratos electrónicos son y no pueden ser otra cosa que negocios jurídicos en el sentido estricto de la expresión, se someterán a la normativa civil común sobre la materia”*¹⁷.

Rodríguez Russo establece: *“Como categoría general o abstracta en tanto negocio jurídico convencional determinante del nacimiento de relaciones obligatorias, independientemente de su configuración específica”*¹⁸.

Por su parte Caffera expresa: *“El contrato electrónico no pone en cuestión las estructuras básicas de la teoría del contrato... Pretender que los medios electrónicos suponen una alteración en un nivel lógico tan elevado como el de la teoría del negocio jurídico, supondría algo así como exigir una nueva redacción del artículo 1319 del Código Civil para contemplar los daños causados por medio de computadoras”*¹⁹.

En la misma línea de pensamiento se encuentran Caumont y Stipanovic²⁰, quienes haciendo hincapié en que los tipos contractuales plasmados en las normas no son estáticos, ni deben apreciarse congeladas al momento de su origen, consideran que se van adecuando a los cambios y a las nuevas dimensiones de las unidades lingüísticas, y al mismo tiempo *“componentes de un sistema convocación abstractiva constitutivo, en sí mismo, de la Teoría General del Negocio Jurídico”*.

B) El contrato electrónico requiere un tratamiento específico.

Otro sector de opinión considera que debe ser objeto de una regulación específica. Así en la doctrina argentina tenemos a Lorenzetti²¹ que considera *“que la influencia es más contundente: es un nuevo supuesto de hecho, que obliga a remodelar los conceptos y normas existentes.”* Dicho autor afirma, que el supuesto de hecho único del contrato está fragmentado, distinguiendo las relaciones de consumo, por adhesión, megacontratos, etc, por lo que frente a dicha diversidad no hay que mantener la simplicidad, propugnando así la necesidad de dar respuestas diferenciadas y ajustadas a cada figura.

Gherzi²² va más allá y afirma *“el contrato en términos de la sociedad de consumo de los países subdesarrollados, debe profundizar y crear su propia teoría general”*, propugnando así la construcción de una Teoría General del Contrato de Consumo.

¹⁷ Angel Fernández –Albor Altar “Comercio electrónico en Internet”, pags. 270 y sgtes.

¹⁸ Jorge Rodríguez Russo “Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos”. ADCU N° XXIX, pag. 105.

¹⁹ Gerardo Caffera “El contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento” ADCU N° XXXI, pag. 603.

²⁰ Arturo Caumont y Emma Stipanovic “La Teoría General el Negocio Jurídico como sustento del contrato en el tercer milenio” en Estudios en Homenaje al Prof. Jorge Gamarra FCU. 2001, pag. 105.

²¹ Ricardo Lorenzetti “Comercio electrónico”, pag. 163.

²² Carlos Alberto Gherzi “El contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo. Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra, Montevideo, FCU 2001, pags. 138 y sgtes.

C) Nuestra posición.

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, consideramos que si bien el contrato electrónico tiene ciertas particularidades, como la utilización del medio electrónico para consentir, la ausencia del documento escrito, lo atinente al ciberespacio que ha creado un inmenso mercado virtual, las mismas no justifican que se deba desechar o no considerar adecuados los principios de la Teoría General del Contrato.

En efecto, el contrato electrónico es un negocio jurídico, en los términos establecidos en el artículo 1247 del Código Civil, es decir “una convención por la cual una parte se obliga con la otra o ambas se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Y como contratos que son deberán concurrir los requisitos exigidos para esta clase de acuerdos de voluntad, y que se encuentran enumerados en el artículo 1261 del Código Civil. Si bien el consentimiento se manifiesta por medios electrónicos, consistirá al igual que cualquier otro fenómeno contractual, en un concurso entre la oferta y la aceptación de la cosa. El objeto además de ser lícito y suficientemente determinado, podrá recaer tanto sobre bienes incorporales como corporales.

Asimismo, como lo establecen Caumont y Stipanovic, se constata que los fenómenos de naturaleza jurídica se desarrollan a una velocidad que no es por cierto acompasada por las estructuras negociales previstas en las normas. Actualmente, el ritmo en el tráfico jurídico ha evidenciado que la simbología deba cambiar, pasando de la palabra escrita sobre papel a la expresión de la voluntad por medios digitales.

Es así, que se debe aceptar la amplitud del criterio y la visión hacia el futuro de las palabras del legislador. Hay que rescatar esa concepción como línea rectora para la redacción de las normas con el objeto de evitar, de ese modo, una desmedida “proliferación legislativa”, pues según Soler²³, “*el mal proviene, sobre todo, de la constante proliferación legislativa, de la excesiva movilidad, condición ésta propensa a crear estados de inseguridad jurídicos semejantes a los que puede traer una jurisprudencia caprichosa y creadora*”.

Esto, sin perjuicio de la adecuación a determinados problemas prácticos que sea imperante regular.

Como se analizará a continuación, se pueden aplicar perfectamente las normas del contrato a distancia reguladas en el Código Civil.

2. Normas de Derecho Civil.

Los artículos del Código Civil que regulan acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento son los artículos 1263 y 1265. Siguiendo a Gabriel Fernández se puede decir que se estructura basándose en dos variables distintas pero no contradictorias o complementarias entre sí: a. oralidad o verbalidad de la propuesta por un lado (artículo 1263) b. ausencia de las partes por el otro (artículo 1265).²⁴

De estas dos hipótesis, la que nos interesa es la del artículo 1265 que regula los contratos entre ausentes, rezando su inciso primero lo siguiente: “El contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente”.

Que los contratos electrónicos queden alcanzados por el ámbito de aplicación de dicha norma, va a depender de la interpretación que se le de al giro “ajustado por mensajero, o por correspondencia epistolar o telegráfica”. Coincidiendo con Gabriel Fernández, consideramos que dicha enumeración no fue realizada en forma taxativa, por lo que “*el ámbito de aplicación de este artículo alcanza a la totalidad de los contratos celebrados entre partes ausentes*”.²⁵

Es así, que la idea que posiblemente estuvo en la mente del legislador, o las interpretaciones que se hagan, en base al preconcepto de que los contratos entre ausentes tiene que formarse necesariamente en forma progresiva²⁶, sustentándose en épocas en que el avance tecnológico no permitía comunicaciones directas, no fue plasmada en nuestro Código Civil.

Esta interpretación habilita a sostener, que los desarrollos tecnológicos que han alcanzado los medios de comunicación permiten que se pueda configurar contratos entre ausentes con propuesta no verbal pero

²³ Soler, “La interpretación de la ley”, pag. 116.

²⁴ Gabriel H. Fernández “Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento”. Rev. AEU, vol. 81, n° 1-6 (enero-junio 1995) pag. 55.

²⁵ Idem.

²⁶ Jorge Gamarra. Tratado de Derecho Civil Tomo XI, pags. 12: “La doctrina distingue la formación instantánea del contrato, por oposición a la formación sucesiva o progresiva; se dice que el contrato puede formarse instantáneamente entre presentes, mientras que cuando se forma entre ausentes, la formación es necesariamente progresiva o sucesiva (*ex intervallo temporaris*) 13 y 130 y sgtes.

susceptibles de formarse instantáneamente, como es el caso de los contratos por medios electrónicos, y que sean alcanzados por el artículo 1265 del Código Civil.

Por lo que se puede decir que este es un ejemplo de lo que Caumont llamaría una “*categoría negocial, en vigencia normativizada, como universos lingüísticos redimensionables al compás de la variación de significación que los cambios culturales determinan gradualmente, proyectando nueva luz sobre las palabras con que se diseñaron tiempo atrás.*”²⁷ Esto permite dar un alcance hermenéutico que se vaya adecuando a las nuevas realidades, otorgando así una interpretación armónica.

3. Ley de Relaciones de Consumo: 17.250.

Como ya se reseñó con anterioridad (2.2) el contrato electrónico no fue objeto de regulación en forma específica, por lo que corresponde aplicar para su regulación el derecho común.

Ahora bien, ¿cuales normas serán las que regularán dichas relaciones?, ¿las del derecho civil o derecho comercial?

Previo a contestar dicha interrogante, es menester efectuar la aclaración que dentro de las distintas hipótesis (numeral 1.5) de actores entre los que se puede configurar un contrato electrónico, el que interesa a nuestro estudio es de “Business to consumer”.

La ley de relaciones de consumo, N° 17.250 en sus primeros artículos delimita el ámbito subjetivo de aplicación: el artículo 2 define qué se entiende por consumidor²⁸, el artículo 3 qué se entiende por proveedor²⁹ y por último, el artículo 4 define la relación de consumo como “el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso provee un producto o presta un servicio y quién lo adquiere o utiliza como destinatario final”.

Es decir, que una vez que entró en vigencia la ley N° 17.250, los contratos electrónicos que se realicen entre empresarios y consumidores son alcanzados por el ámbito de aplicación de la misma. Por lo que, si bien en forma expresa no han sido regulados, salvo en el artículo 16, en virtud del ámbito subjetivo de aplicación de dicha ley, la misma va a regir las relaciones que surjan del comercio electrónico, con innovaciones trascendentales, siendo una de ellas, y la que nos ocupa el presente trabajo el de las condiciones de la oferta.

Cabe señalar, que cuando el artículo 1 establece la naturaleza jurídica de la ley (de orden público) y delimita su objeto, in fine estipula “En todo lo no previsto en la presente ley, será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil”. Como lo establece Szafir³⁰, la ley de relaciones de consumo constituye un “microsistema” dentro del sistema de Derecho Civil, que no se pretendía eliminar de las relaciones de consumo. En efecto, la normativa sancionada no constituye un nuevo sistema jurídico, sino una excepción que por razones coyunturales, el legislador interviene a efectos de limitar la autonomía privada³¹.

La relación de consumo es un contrato de compraventa civil, ya que no se compra para revender³². Distinta es la hipótesis de un contrato electrónico que se configura entre empresarios: “business to business”, en los cuales se adquiere no como destinatario final sino para transformar o comercializar. Estas últimas serían una de las hipótesis de los actos de comercio que enumera el artículo 7, numeral 1 del Código de Comercio, siendo la normativa de dicho código la que regule las relaciones que surjan de dichos contratos.

²⁷ Arturo Caumont y Emma Stipanovic “La teoría general del negocio ...”, pag. 105.

²⁸ “Consumidor es toda persona física o jurídica, que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”. El alcance de dicha definición ha sido muy discutido por la doctrina, con posiciones encontradas, así Blengio sostiene una posición amplia, y Olivera una posición sumamente estricta, mientras que Wonsiak se posiciona en una tesis intermedia, como más adelante se comentará.

²⁹ “Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”.

³⁰ Dora Szafir “Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189” FCU julio 2000, pag. 13.

³¹ Santiago Carnelli – Oscar Sarlo “El principio de igualdad y la contratación del Código Civil” ADCU XXXI, pag. 605.

³² Se aclara que de todas formas que la relación de consumo no solo deriva de un contrato de compraventa. Ver artículo 4 inciso 2.

D) Oferta negocial del contrato electrónico.

Gamarra, remitiéndose a Thur define la oferta negocial como “una declaración de voluntad recepticia por medio de la cual una persona propone a otra la celebración de un contrato, en términos tales, que para que éste quede cerrado basta con que el destinatario de la oferta la acepte”.³³

La doctrina tradicional enumera las siguientes características que debe reunir la misma: a. carácter recepticio, porque está dirigida a provocar la aceptación del destinatario, b. contener intención de obligarse, c. completa y d. estar dirigida a una persona determinada.

El hecho de que exista una regulación imprecisa, que no resuelve en forma clara el tema de la oferta al público, en especial en sede de relación de consumo, justifica que la ley 17.250, contenga una disposición que permita considerar destinatarios tanto a sujetos determinados, como a las personas indeterminadas, como lo veremos a continuación.³⁴

1. Naturaleza jurídica de la oferta

La consideración acerca de la naturaleza de la oferta, en cuanto a su consideración de acto negocial o prenegocial lleva a considerar a continuación, si ésta tiene o no fuerza vinculante, lo cual es solucionado por el artículo 12 de la ley 17.250 optando por la propuesta vinculante y su carácter de acto negocial³⁵.

El carácter vinculante de la oferta, surge de la parte final del inciso primero de dicho artículo: “vincula a quien la emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo que se realice”. Esto constituye, junto con la admisión de la oferta al público, en una de las grandes innovaciones de la ley. Como lo destaca Ordoqui³⁶ la norma sigue un criterio amplio respecto de la individualización de los sujetos que quedan obligados por esta oferta. Este efecto vinculante también surge del artículo 14 cuando se regula el deber de informar y se hace referencia a la oferta a través de los avisos publicitarios, estableciendo también la posibilidad de que tanto la oferta como los avisos publicitarios tengan efecto vinculante.

Respecto del fundamento de este carácter vinculante, a lo que apunta la norma es a eliminar toda iniciativa tendiente a engañar al consumidor proponiendo cosas que no es posible cumplir en la realidad.

Al respecto Ordoqui expresa: “Entramos así en un principio básico del derecho de consumo, conforme al cual se protege la confianza del consumidor en una apariencia legítima.” Agregando luego “En aplicación del principio de la seguridad jurídica y la tutela de la confianza legítima en la apariencia objetiva creada, es que se justifica, ..., que de ciertas circunstancias surjan obligaciones aunque no haya acuerdo de partes”.

La posibilidad de engañar al consumidor se acentúa en el caso de los contratos electrónicos, debido a la complejidad técnica; muchas veces es anónimo porque no se puede conocer al dueño o responsable. Las pruebas que realiza para verificar los datos suministrados antes de contratar son muy pocas: actúa sobre la base de un conocimiento inductivo débil. Pero no se trata de un problema de negligencia, sino de una necesidad: si se tuviera que verificar razonablemente cada acto, sería imposible vivir, y los costos de transacción serían altísimos.

Lorenzetti³⁷ manifiesta: “En este contexto, es claro que los modelos de comportamiento racional y los estándares de “contratante medio”, obligan a reformular nociones: la conducta del individuo se basa en la confianza y ésta se construye sobre la base de la apariencia que crea el sistema experto. Como principio jurídico y regla hermenéutica tanto la confianza como la apariencia significan que se da primacía a lo objetivamente declarado ‘quien crea una apariencia, se hace prisionero de ella’.

2. Elementos identificatorios.

La trascendencia de delimitar cuáles son los elementos que necesariamente debe reunir la oferta negocial, tiene por objetivo distinguirla de otras manifestaciones de voluntad no encaminadas a la formación de un acuerdo contractual.

³³ Jorge Gamarra. “Tratado...”, pag. 101.

³⁴ Dora Szafir “Consumidores ...”, pag. 113

³⁵ Dora Szafir: “Consumidores...”, pag. 116.

³⁶ Gustavo Ordoqui: “Derecho de consumo”, pag. 75.

³⁷ Ricardo Lorenzetti: “Comercio...”, pag. 171.

Analizando la definición del artículo 12 de la ley 17.250 la misma establece: “La oferta dirigida a consumidores determinados o indeterminados, transmitida por cualquier medio de comunicación y que contenga información suficientemente precisa con relación a los productos o servicios ofrecidos, vincula a quien la emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo que se realice...”

El artículo comienza señalando, que la oferta puede estar dirigida a “*consumidores determinados o indeterminados*”. Esta consagración legal de que una oferta dirigida a sujetos indeterminados, jurídicamente hablando, constituye una verdadera oferta con todos sus efectos, es decir que con la aceptación ya se perfeccionaría, – naturalmente, siempre que estemos ante una relación de consumo – constituye una innovación. En efecto, hasta el momento predominaba a nivel doctrinario la posición, de que la oferta dirigida a sujetos indeterminados no era una verdadera oferta, sino tan solo “una invitación para contratar”.

En el Código Civil argentino hay una estipulación expresa,³⁸ que impide una interpretación amplia en el sentido de considerar propuesta la manifestación de voluntad dirigida a personas indeterminadas. En cambio en nuestro Código Civil no surge tan claro, si bien la mayoría de la doctrina considera que no es una oferta.

Así Gamarra considera, que del hecho de que la oferta deba emitirse con intención de obligarse, se desprende de que necesariamente se debe dirigir a una persona determinada. En efecto, señala: “*en general se entiende que la exposición de mercaderías en los escaparates, aún con indicación de precio, no constituye una propuesta, sino un anuncio, que debe interpretarse como invitación a contratar*”.³⁹

Szafir⁴⁰ llega a la misma conclusión que Gamarra pero a partir de otro fundamento. Del artículo 1262 al establecer que no habrá consentimiento obligatorio, sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra, la autora considera que la manifestación de voluntad emitida por el proponente tiene un destinatario concreto: “la otra” parte. Dicha autora, asimismo se funda en la naturaleza recepticia de la oferta, para lo cual concluye, que el destinatario debe estar determinado.

En el marco del derecho comercial, nuestro Código de Comercio cuando regula la compraventa en el artículo 519, trata también la temática que nos ocupa. Dicho artículo establece “Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho”. Como lo señala Mezzera⁴¹ este artículo puede plantear dudas respecto de qué debe entenderse por “ofertas indeterminadas”, en la medida que sea asimilado a incompleta faltaría uno de los elementos esenciales del contrato, constituyendo una simple invitación para ofertar. Dicho autor considera más compleja la situación cuando es a sujetos indeterminados, que es precisamente la que nos convoca.

Para el caso específico de las relaciones de consumo, la ley 17.250 sanea así dicha discusión estipulando expresamente que la oferta puede estar dirigida tanto a sujetos determinados como indeterminados.

Continuando con el análisis del artículo 12, el mismo estipula que la oferta puede ser *transmitida por cualquier medio de comunicación*. Se desprende así que no hay ningún tipo de restricción respecto al medio empleado para transmitir la oferta, quedando entonces comprendida la oferta que se haga por medios electrónicos.

La exigencia de que la oferta sea *suficientemente precisa*, implica una oferta completa o autosuficiente en lo que respecta a la cosa, al servicio y a su precio, es decir a los elementos esenciales del contrato.^{42 43}

Teniendo en cuenta el efecto vinculante de la oferta, y que con la simple aceptación se perfecciona el contrato, es necesario que la misma sea completa. A tales efectos el artículo 15 enuncia el contenido mínimo o imprescindible de la oferta. Es importante destacar que el legislador utiliza la expresión de que el proveedor “deberá informar”, es decir que hay un imperativo, siendo el artículo 32 el que se ocupa de establecer las consecuencias de su incumplimiento.⁴⁴

³⁸ Atilio Aníbal Alterini. “Contratos civiles-comerciales-de consumo” Teoría General. Buenos Aires, pag. 270. “El artículo 1148 del Código Civil exige enfáticamente que la oferta sea hecha a “persona determinadas”. Coincidentemente el artículo 454 del Código de Comercio dispone que “las ofertas indeterminadas hechas en un prospecto o en una circular no obligan al que las ha hecho”.

³⁹ Jorge Gamarra. “Tratado...”, pag. 107.

⁴⁰ Dora Szafir: “Consumidores...”, pag. 112.

⁴¹ Rodolfo Mezzera Alvarez. “Curso de Derecho Comercial” Tomo III Contratos Comerciales FCU, pag. 20.

⁴² Gustavo Ordoqui Castilla. “Derecho de Consumo – Ley 17.250” Ediciones del Foro. Montevideo, 2000, pag. 76.

⁴³ Beatriz Venturini («La Publicidad en la ley de defensa de las Relaciones de Consumo”, N° 17.250 ADCU N° XXX pag. 740 y sgtes.), sin embargo ha dado otra interpretación al giro información suficientemente precisa, al respecto expresa: «Se estima que no ha sido feliz la definición que sobre oferta se aporta en la ley 17.250 en su artículo 12, que modifica el concepto tradicional de oferta por el cual frente a la misma, basta la mera conformidad del aceptante para el perfeccionamiento del contrato, en cambio ahora se refiere como oferta el ofrecimiento de información suficientemente precisa, por lo que podría omitirse, incluso el precio, e igualmente estaríamos frente a oferta, en una lectura textual del artículo 12».

⁴⁴ Artículo 32 ley 17.250: “La violación por parte de proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan”.

Entre los requisitos que exige el artículo 15 están: la determinación del precio, los impuestos, forma de pago, intereses. Más adelante los artículos 17 haciendo referencia a la oferta de productos y el 20 a la de servicios detallan con más precisión de acuerdo al tipo de oferta el contenido de la misma. Por su parte el artículo 18 regula la oferta de componentes y repuestos, y el artículo 19 refiere a la oferta de productos usados.

3. Distinción con invitación para contratar.

La invitación para contratar, Gamarra la define, como un acto preparatorio del contrato, junto a las tratativas, la minuta, la propuesta y la aceptación. Señala *“Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica todos estos actos se caracterizan por ser prenegociales, porque la voluntad todavía en movimiento, está dirigida a producir un efecto provisorio, que se agota en la predisposición del negocio”*.⁴⁵ Es decir, que al estar en el período precontractual, no tiene carácter vinculante.

La doctrina tradicional considera que la oferta es una declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, que debe ser completa, contener una intención de obligarse y estar dirigida a una persona determinada. Cuando falta este último elemento, se afirma que la declaración orientada al público en general no es una oferta, sino una “invitación para ofertar”.

Al establecerse en el ámbito del derecho del consumidor, que la oferta puede estar dirigida a consumidores determinados como indeterminados, se plantea entonces la interrogante de si tiene vigencia la distinción entre la invitación para contratar y la oferta. Se puede señalar asimismo, que aunque falte uno de los elementos esenciales de la oferta, por ejemplo el precio, en la medida que la ley de relaciones de consumo en el artículo 14 dispone que “toda información, aún la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor”, el proveedor quedará de todos modos vinculado.

4. Distinción con el deber de informar.

El deber de información, en el ámbito del derecho del consumo, ha ganado una importancia fundamental.

Teniendo en cuenta, que la protección jurídica del consumidor parte de la premisa esencial de la desigualdad de las partes en al relación de consumo, el deber de información adquiere nueva fuerza, ya que apunta a nivelar las diferencias cognoscitivas entre el proveedor y el consumidor.

Al respecto, Caffera⁴⁶ señala que el deber de informar pasó de su versión clásica de un deber de no ocultar a “actuar para informar”. Es más, para los contratos informáticos, dicho autor remitiéndose a Carrascosa – Pozo - Rodríguez⁴⁷ expresa: que el proveedor informático no solo debe dar una información objetiva al usuario sino que debe “aconsejarle”, teniendo en cuenta su superioridad técnica⁴⁸.

Es así, que el deber de información como formando parte del período precontractual, a partir del Derecho del Consumidor adquiere mayor relevancia, ya que la información cumple la función esencial de acortar las distancias entre los extremos de la relación de consumo. Así fue reconocido por las directrices del consumidor de las Naciones Unidas (1985)⁴⁹.

⁴⁵ Jorge Gamarra. “Tratado...”, pags. 15 y sgtes.

⁴⁶ Gerardo Caffera “El deber precontractual de informar del proveedor en la ley de relaciones de consumo” ADCU N° XXX, pag. 486.

⁴⁷ Carrascosa-Pozo-Rodríguez “La contratación informática: el nuevo horizonte contractual” Granada-España 1999. pag. 124, citado por Caffera en “El deber precontractual...” pag. 486.

⁴⁸ Esta obligación más gravosa que la de informar que la doctrina ha derivado del principio de buena fe, Caffera (“El deber precontractual de informar...”, pag. 486 y sgtes.) considera, que si bien no contamos con normas expresas, citando como ejemplo el artículo 2060 inciso 2 del Código Civil, en sede de Mandato concluye que dicho principio de que un consejo dado deslealmente acarrea responsabilidad, posee potencialidad expansiva notoria, y el legislador alojó un principio aplicable en este campo.

⁴⁹ La resolución 39/248 de la O.N.U., en el pto. 3 de las directivas expresa: “Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: ... c) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual”. El pto. 20. “... ello requiere el suministro de la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes, así como la adopción de medidas para asegurar la exactitud de la información suministrada”. El pto. 21 agrega: “Los gobiernos deben alentar a todos los interesados a participar en la libre circulación de información exacta sobre todos los aspectos de los productos de consumo”. El artículo 4 expresa: “Quienes produzcan importen distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuario, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.”

Como bien lo establece Japaze⁵⁰: “se trata de propiciar una suerte de “consentimiento informado, donde el consumidor conozca el producto o servicio que se le ofrece, y conozca las condiciones del negocio que se le presenta”. Agrega la citada autora “la información ejerce notoria influencia sobre el consentimiento y como corolario de ello, el déficit en el cumplimiento del deber de informar (información falsa, incompleta, confusa, etc.) genera la responsabilidad precontractual del empresario”.

Ubicándonos en nuestro derecho positivo, específicamente en la ley de relaciones de consumo, se constata de que el deber de informar tiene en ella, un rol central.

El artículo 6 en su literal c), reconoce como derecho básico, el derecho a “la información suficiente, clara y veraz, en idioma español...”, y los artículos 15, 17 y 20 se encargan de especificar su contenido.

Siguiendo a Caffera⁵¹, en el análisis de las propiedades legalmente exigidas al deber de informar, por la ley de relaciones de consumo en el artículo 6 tenemos:

a. La claridad, la cual puede ser vista en tres planos:

- Sintáctico, que se traduce en exigencias de legibilidad.
- Semántico, desde dos aspectos: a. en cuanto al sistema lingüístico que se refleja en la reiterada exigencia de utilización del idioma español.⁵² b. el texto informativo sin problemas semánticos, como por ejemplo el uso de expresiones ambiguas, oscuras o vagas.
- Pragmático es decir que “el modo lingüístico debe adaptarse a la competencia presumible en los destinatarios del mensaje”.

b. La veracidad, que tiene la particularidad de que en el artículo 26 invierte la carga de la prueba a favor del consumidor cuando la información se incluye en una instancia publicitaria: “la carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los hechos contenidos en la información o comunicación publicitaria corresponde al anunciante”. En las demás hipótesis la carga de la prueba continúa grabando al consumidor.

c. Por último tenemos la suficiencia. Caffera⁵⁴ realiza la distinción entre completa y suficiente, afirmando que la que exige la norma es esta última, ya que la completitud, implicaría la necesidad de suministrar absolutamente toda la información referente al producto o servicio.

5. ¿La publicidad por Internet, constituye una oferta?

La Directiva de la Comunidad Económica Europea de 1984, ha definido la actividad publicitaria como: «toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de un modo mediato o inmediato su contratación».

El acto publicitario propiamente dicho⁵⁵, lo que busca es promover la contratación, concluir negocios. Si bien está muy ligada con la información, la publicidad se diferencia de esta última, ya que muestra el producto o servicio de la manera más atractiva, poniendo de relieve sus ventajas y bondades.⁵⁶

Al respecto, Clark, citado por Alterini⁵⁷ expresa: “En los hechos la publicidad es el producto, porque la gente lo adquiere tal como lo percibe mediante la publicidad; un producto es ante todo su imagen, vale decir, lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella, a lo cual se agrega que muchas veces los productos se revisten de una diferencia aparente, que sólo proviene de que hay una propiedad de la marca, que no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad”.

Con la incursión de Internet como un nuevo medio de comunicación, que permite el intercambio y el acceso a gran cantidad de información, la publicidad transmitida por este medio, no resultó ajena a dicho proceso. En efecto, las innumerables ventajas que ofrece Internet, determinó que la publicidad vía Internet haya tenido una expansión enorme en los últimos años.

⁵⁰ María Belén Japaze: “La información y la publicidad como técnicas de protección de los intereses económicos del consumidor” Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra, Montevideo, FCU 2001 pag 142.

⁵¹ Gerardo Caffera “El deber precontractual de informar...” pags. 492 y sgtes.

⁵² Artículo 6 c) ley 17.250 “información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas”.

⁵³ Artículo 13 ley 17.250: “Toda información referente a una relación de consumo deberá expresarse en idioma español, sin perjuicio que además puedan usarse otros idiomas”.

⁵⁴ Gerardo Caffera “El deber precontractual ...”, pag. 494.

⁵⁵ Hay parte de la doctrina (Manuel Santalla: «El nuevo Derecho del a Publicidad» Civitas Madrid 1989, pag. 32 y 69 que realiza la distinción entre publicidad y propaganda, teniendo la primera un objetivo comercial, en cambio la segunda perseguiría un fin ideológico, filosófico, religioso, político, económico o social. Para otros (entre ellos, Beatriz Venturini «La publicidad en la ley de defensa...») dicha distinción entre publicidad y propaganda no tiene vigencia y que se pueden utilizar alternativamente.

⁵⁶ Dora Szafir, « Consumidores...», pag. 200.

⁵⁷ Atilio Anibal Alterini, “Contratos ...”, pag. 139.

Entre las ventajas se pueden mencionar, que se trata de una publicidad más barata, es más eficaz, ya que permite conseguir con precisión el perfil de los clientes potenciales y sus preferencias.

Como lo establece Anxo Tato Plaza⁵⁸ estaríamos ante «*el paradigma del denominado marketing directo; ante el paradigma, en definitiva, de la absoluta y total individualización del target o círculo de destinatarios, con lo que se consigue la máxima efectividad del esfuerzo publicitario*».

Mientras la publicidad hecha por los medios tradicionales es fundamentalmente pasiva, en la publicidad por Internet se amplían y se multiplican las posibilidades de un contacto directo entre el anunciante y el consumidor, pudiendo este último a llegar a convertirse en un protagonista activo.

Se configura así otro ejemplo de cómo la informática se presenta como una nueva forma de poder, ya que estas ventajas de llegar a comunicarse en forma interactiva con los potenciales consumidores, puede dar lugar a que mediante anuncios publicitarios engañosos o abusivos, distorsionen la realidad del negocio ofrecido. Estas consecuencias evidencian la necesidad de que el Estado oriente su control protectorio mediante un eficaz control publicitario.⁵⁹

Al respecto la ley de relaciones de consumo ha dado respuestas concretas:

a. Inversión de la carga de la prueba: la ley 17.250 en su artículo 26, teniendo en cuenta qué quién está en mejores condiciones de probar no es el consumidor, sino el anunciante⁶⁰ establece: «La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante».

b. Incorporación del contenido de la publicidad como parte del contrato. Se equipara así, la publicidad a la oferta de contratar, aparejando como principal consecuencia que el consumidor puede exigir todo lo que se le haya ofrecido en la actividad promocional o publicitaria⁶¹. Este carácter vinculante del anuncio publicitario surge del artículo 14: «Toda información, aún la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice e integra el contrato que se celebre con el consumidor».

Ahora bien, teniendo en cuenta este régimen particular de protección al consumidor en el ámbito publicitario, se impone delimitar en forma clara cuales son las modalidades de publicidad y distinguirlas de otras formas de información que no constituyen publicidad.

A) Página Web

Una de las modalidades principales de publicidad en Internet está constituida por la publicación, por parte de las empresas, de páginas Web en las que se difunden ya sea información de la empresa o sobre productos o servicios que la misma ofrece.

Como lo establece Anxo Tato Plaza⁶², la publicidad relativa a los bienes o servicios o a la imagen de la empresa será calificada como publicidad cuando haya sido difundida por la propia empresa. Dicho autor español, respalda su afirmación en la Directiva 2000/31/CE del 8/06/00 relativa al comercio electrónico, la cual contiene una previsión expresa de que no deben ser consideradas como comunicaciones comerciales, aquellas páginas Web en las que se recojan comunicaciones relativas a una empresa, o a sus productos o servicios, cuando esa información tiene origen en un tercero. Resultaría esta una modalidad de publicidad ilícita.

Si bien en nuestro derecho no hay una consagración expresa, respecto a que ocurre cuando las comunicaciones relativas a una empresa tiene origen en un tercero, puede inferirse del artículo 24 de la ley 17.250 que la misma constituye una hipótesis de publicidad encubierta, ya que el mensaje publicitario no se presenta tal como es. En efecto, dicho artículo establece “Queda prohibida cualquier publicidad engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, ...”.

Ahora bien, la página Web ¿constituye una oferta? La página Web y numerosos sitios de la red contienen datos sobre los productos que se pueden adquirir. En la medida que contenga todos los elementos suficientes como para constituir una oferta, es decir que sea completa la respuesta es afirmativa. En efecto, como ya se señaló en el punto 2.4.2, tenemos el artículo 12 de la ley 17.250 exige que la oferta sea suficientemente precisa, y el 15 que enuncia el contenido mínimo o imprescindible de la oferta.

⁵⁸ Anxo Tato Plaza «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet» en «Comercio electrónico en Internet», pag. 189.

⁵⁹ María Belén Japaze: “La información y la publicidad ...», pag. 150 y sgtes.

⁶⁰ Beatriz Venturini: «La publicidad en la ley de defensa...» pag. 740.

⁶¹ Idem.

⁶² Anxo Tato Plaza «Aspectos jurídicos de la publicidad ...» pag. 189.

Típicamente el contenido comercial de las páginas web va dirigido al público en general. En la medida que nuestro régimen admite el carácter vinculante de la oferta, aún dirigido a sujetos indeterminados, esta característica carece de trascendencia para negar su carácter de propuesta.

Cabe sin embargo agregar, que será decisivo verificar, si la página contiene la posibilidad de aceptar, porque en la medida que sea imposible materializar la aceptación (clickwrap agreement), no se podrá perfeccionar el contrato.

B) Links y banners

Para trasladarse de una página web a otra, los medios electrónicos ofrecen como instrumentos los links y los banners. Los primeros no constituyen métodos publicitarios, ya que se trata simplemente de un enlace de solamente la dirección del anunciante. Esto siempre y cuando los links no vayan acompañados de mensajes sobre el contenido de la página a la que se accede.

Los banners, sin embargo, a diferencia de los links, suelen contener pequeños carteles colocados en la página. En este caso, sí estamos ante un método publicitario, ya que dichos carteles generalmente recogen en forma sucinta algún tipo de información sobre el contenido de la página web a la que da acceso.

Esta característica de los banners, de presentar cierta información sobre el contenido de la página a la que se accede, incide para que se utilice muchas veces como práctica de publicidad engañosa: *mutatis mutandis*. Como ejemplo Tato Plaza cita el siguiente: *"Podría ser calificado como engañoso aquel banner en el que se ofrece un obsequio gratuito, el usuario, una vez que accede a la página Web, es informado de que el obsequio sólo se entrega a aquellos usuarios que adquieran un determinado producto o que contraten un determinado servicio de la empresa anunciante."*⁶³ En efecto, si el contenido de información del mismo es parcial o contradictorio con el de la página Web a la que se accede, es calificado de carácter engañoso. Tampoco procede el análisis conjunto de todas las piezas de esta comunicación cuando alguna de ellas, considerada en forma aislada, tenga carácter engañoso.

Tanto los links como los banners, si bien pueden llegar a ser considerados como medios de publicidad, y por lo tanto como toda información que se difunde tiene carácter vinculante, difícilmente lleguen a constituir una oferta. En efecto, los mismos son tan solo "enlaces", o a lo sumo "carteles publicitarios", por lo que no suelen reunir todos los requisitos exigidos para configurar una oferta.

C) Metatags o metanames.

Los metatags o metanames constituyen un método de búsqueda para localizar páginas Web sobre un determinado tema, a través de la introducción de determinadas palabras claves que guardan relación con el tema solicitado. Tato Plaza⁶⁴ sostiene que pueden ser calificados como publicidad, ya que se trata de *"una forma de comunicación destinada a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa"*. En el caso que el metatag no guarde ninguna relación con el contenido de la página al que se aplica se aplicará lo dispuesto sobre publicidad engañosa.

D) Spam

El spam⁶⁵ consiste, en una de las técnicas publicitarias en Internet que más polémica ha generado en los últimos tiempos, consistente en el envío masivo y no solicitado de mensajes publicitarios por correo electrónico.⁶⁶

Dicho modo de publicidad, tiene entre otras ventajas que, disminuye muchísimo los costos de transacción con respecto al correo tradicional, ya que una vez que se consigue un listado de usuarios, se pueden mandar cantidades enormes de mensajes con muy bajos costos. Además permite incluir destinatarios dispersos por todo el mundo, así como seleccionar, en función del perfil del potencial consumidor, los interesados que podrían estar en principio interesados en el producto o servicio promocionado.

Sin embargo, los inconvenientes y perjuicios que ocasiona dicha modalidad de publicidad ha generado grandes repercusiones. En efecto, el usuario puede verse invadido por la entrada repentina de miles de mensajes que pueden acabar sobrepasando la capacidad del sistema, con la consiguiente imposibilidad de recibir cualquier tipo de mensaje. Además, aunque no se produzca esa saturación, es inevitable que el spam

⁶³ Anxo Tato Plaza, "Aspectos jurídicos de la publicidad...", pag. 213.

⁶⁴ Anxo Tato Plaza, "Aspectos jurídicos de la publicidad ...", pags. 194 y 195.

⁶⁵ El término spam, proviene de una sátira de la televisión británica en la cual la palabra spam (tipo de carne enlatada americana) era repetida hasta el absurdo en la carta de menú de un restaurante.

⁶⁶ Anxo Tato Plaza, "Aspectos jurídicos de la publicidad...", pag. 194.

prolongue el tiempo de descarga de los mensajes, así como dificultar la búsqueda de los mensajes el usuario efectivamente desea recibir.

Junto con los problemas de índole económica que presenta el spam, están los relacionados con la invasión de la privacidad.

Los inconvenientes que genera el spamming (ya que las respuestas iniciales de software de filtrado o de bloqueo no era suficiente), han determinado la reacción de distintas legislaciones y pronunciamientos de organismos intergubernamentales. Se pueden esbozar dos tendencias:

a. Por un lado, las que restringen dicha modalidad de publicidad. Por ejemplo, se establece la obligación de identificarse e identificar el carácter publicitario del mensaje en el envío de mensajes publicitarios no solicitados por correo electrónico. Otra medida instrumentada ha sido la obligación de establecer listas de exclusión voluntaria, en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales.⁶⁷

b. Por otro lado, las que directamente prohíben el spamming, cuando el destinatario haya manifestado previamente su oposición a estos envíos.^{68 69}

E) Aceptación de la oferta

1. Nociones previas

El destinatario de la oferta puede asumir distintas actitudes; puede rechazar la oferta, puede guardar silencio (ambas tienen como consecuencia la extinción de la oferta por falta de aceptación), puede modificar la oferta. Este comportamiento causa la extinción de la oferta, pero no concluyen las negociaciones, porque la modificación implica una nueva oferta. Por último, el destinatario de la oferta puede aceptarla y en este caso el contrato se forma.⁷⁰

Gamarra define la aceptación como: *“la manifestación de voluntad del destinatario de la propuesta, que admite la oferta recibida, la aprueba y se conforma con ella; se trata de una segunda manifestación de voluntad que se enlaza con la primera para formar el consentimiento. Como el consentimiento es el acuerdo de voluntades, solo existe aceptación cuando el destinatario de la propuesta expresa una voluntad congruente o coincidente con la oferta”*.

Del artículo 1267⁷¹ del Código Civil, deriva precisamente esta característica que debe reunir la aceptación: debe ser pura y simple. La doctrina asimismo señala, que la adhesión del destinatario ha de ser total y completa, es decir sin reservas ni limitaciones.

Las previsiones normativas del Código Civil, que recogen la concepción tradicional basada en que generalmente el contrato estaba precedido por las llamadas tratativas previas, así como la posibilidad de que la oferta del proponente podía ser modificada por el destinatario, y a su vez este generar una nueva oferta o propuesta, han perdido en cierta forma vigencia como consecuencia del fenómeno que estamos viviendo de la contratación en masa.

En efecto, la nueva tecnología que emerge a partir de la Revolución Industrial, que aumenta la producción de bienes y hace imperante reducir costos y mejorar la gestión de las empresas, determina el surgimiento de los llamados contratos de adhesión.

Ballesteros Garrido⁷² define a los contratos de adhesión como: *“contratos concluidos por la adhesión en bloque por una de las partes (adherente) a las condiciones contractuales (condiciones generales de los con-*

⁶⁷ Artículo 7 de la Directiva comunitaria sobre comercio electrónico: “los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico garantizarán que dicha comunicación comercial facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción.” Más adelante establece “los Estados miembros deberán adoptar medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (opt-out) en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales y las respeten”.

⁶⁸ En la Unión Europea se dictó la directiva sobre ventas a distancia con marketing directo (97/7/CCE) que prohíbe el envío de productos o servicios no solicitados, y se establece que no se puede considerar al silencio como aceptación tácita (artículo 9).

⁶⁹ Anteproyecto de la ley de sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI) establece que queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los usuarios. En caso de ser autorizadas, incluirán al comienzo del mensaje la palabra “Publicidad”.

⁷⁰ Jorge Gamarra “Tratado ...”, pag. 117.

⁷¹ “Se mirará la propuesta como no aceptada, si la otra parte la modificare en cualquier sentido, aunque la modificación consiste en aumento o disminución de cantidad o precio...”

⁷² Ballesteros Garrido “Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad”, Bosch, Barcelona, 1999, pag. 68.

tratos) predisuestas por el otro (predisponente u oferente) sin posibilidad alguna de discutir las, sin perjuicio de que en algunos supuestos quepa añadir alguna cláusula particular pactada libremente”.^{73 74}

Sin pretender, entrar a analizar el bastísimo tema de los contratos de adhesión, que no es por cierto el objeto del presente, se impone realizar un comentario sucinto, en virtud de que los contratos electrónicos, y más específicamente, dentro de los mismos, los que se realizan entre proveedores y consumidores son prácticamente siempre de adhesión⁷⁵, respondiendo precisamente a la tendencia contemporánea de la contratación masiva.

Como expresa Mariño López⁷⁶, la celebración del contrato se transforma en un proceso automático, una vez que existe acuerdo en el precio y en el bien o servicio.

Siguiendo a dicho autor, el elemento aglutinador de los contratos de adhesión, es la imposición-predisposición del contenido del contrato de una parte sobre la otra, es decir la ausencia de negociación para la parte adherente. Esta es la solución de la ley uruguaya 17.250, la cual en su artículo 28 estipula: “contrato de adhesión es aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios *sin que el consumidor haya podido, discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido*. En los contratos, la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas o cambia por sí misma la naturaleza de adhesión.”

Asimismo, la doctrina suele señalar como elemento tipificante la generalidad, es decir que son redactados para la generalidad de los contratos que de este tipo se celebren. Sin embargo, puede darse la hipótesis de un contrato prerredactado por la parte oferente para determinado caso específico e impuesto a la otra sin posibilidad de negociar, y no por eso deja de ser de adhesión, si bien en la mayoría de los casos han sido estipulados para una generalidad de contratos.

2. Clickwrap agreements.

Remitiéndonos específicamente a los contratos electrónicos, dentro de los contratos por adhesión se encuentran los *clickwrap agreements*.

Como se dijo, el elemento tipificante de los contratos de adhesión es la falta de negociación o imposición de la predisposición unilateral. Es decir que el destinatario acepta o rechaza la propuesta. De ahí la importancia de que la misma sea completa, al extremo de poder aceptarla con un simple “Sí”. Hablamos entonces de *clickwrap agreements*, ya que el destinatario puede aceptarla con un click en el mouse o tipeando la tecla “Enter”.⁷⁷

Como establece Lorenzetti⁷⁸, no se trata de una categoría especial, ni de una tipicidad nueva, ni de un modo diferente de celebrar un contrato, sino de una costumbre negocial.⁷⁹

Esta versatilidad de Internet, que permite que el usuario que navega por una página web acceda a un sinnúmero de palabras, íconos, animaciones, que a su vez contienen vínculos hacia otras páginas web, habilitándolo a que mediante un simple click del mouse se adquieran derechos o se contraigan obligaciones, evidencia la vulnerabilidad del consumidor. En efecto, estos acuerdos al ser realizados bajo la modalidad de contratos de adhesión, con cláusulas predisuestas no siempre cuentan con redacciones claras o incluso pueden llegar a violar disposiciones sobre protección del consumidor.

Esta instantaneidad que se constata en los contratos electrónicos, que resulta conflictiva, ha determinado que las distintas legislaciones hayan tomado previsiones a efectos de otorgar al consumidor un derecho de revocación del contrato, siempre que se haga dentro de un determinado plazo, como lo estudiaremos más adelante.

⁷³ Atilio Aníbal Alterini “Contratos...” pag. 133, define al contrato de adhesión como “al contrato predisuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”.

⁷⁴ El artículo 28 de la ley 17.250 define al contrato de adhesión como “aquel cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido. En los contratos escritos, la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas no cambia por sí misma la naturaleza del contrato de adhesión”.

⁷⁵ Como establece Ordoqui: “Derecho de Consumo...”, pag. 188 y sgtes., la relación de consumo se puede dar a través de un contrato de adhesión, de un contrato tipo o de un contrato negociado, es decir que no hace a la esencia de la relación de consumo la utilización de un contrato por adhesión, si bien es el que se utiliza normalmente.

⁷⁶ Andrés Mariño López: “El control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de Relaciones de Consumo” ADCU N° XXXI, pag. 721.

⁷⁷ Gerardo Caffera “El contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento” ADCU N° XXXI, pag. 608.

⁷⁸ Ricardo Lorenzetti. “Comercio...” pag. 202.

⁷⁹ Hay autores que consideran que se trata de una nueva tipicidad contractual, como Robertson, S.J.A. “The Validity of Shrink-Wrap Licences in Scots Law”.

3. ¿Esta forma de manifestar la voluntad, mediante un simple click con el mouse, implica negar el carácter contractual a dichos contratos?

En los contratos realizados en el comercio electrónico, generalmente la oferta y su aceptación se realiza por medios electrónicos y no existe posibilidad de realizar contraofertas. El usuario se limita a seleccionar el producto y abonar el precio indicado, aceptando en forma lisa y llana los términos y condiciones del contrato.

Parte de la doctrina considera, que la ausencia de negociación y el sometimiento del adherente a lo predispuesto por el oferente, produce una limitación en la libertad del adherente, negando así la naturaleza contractual de los contratos de adhesión.⁸⁰

Por otro lado, la posición contractualista mayoritaria, basándose en la distinción entre la libertad de configuración del contenido del contrato y la libertad de decisión, sostienen que no se puede negar el carácter contractual. En efecto, si bien en los contratos de adhesión falta la libertad de configuración negocial, el adherente, mantiene la libertad de decisión sobre el contrato que se realiza y sobre los elementos esenciales del mismo, en especial, el precio y la contraprestación.⁸¹ Ordoqui, al respecto expresa: *"sin duda hay una limitación de la libertad de contratar, pero ésta aún existe, pues en casos que no sean situaciones monopólicas debe pensarse que permanece, al menos teóricamente, la libertad de determinar con quién contrato, cuándo contrato"*.⁸²

Es decir, que desde el punto de vista estrictamente jurídico, estamos en presencia de un contrato, con un consentimiento válidamente formado. La adhesión constituye un modo de aceptar la propuesta. Los demás caracteres del contrato de adhesión, como el predominio de la voluntad del predisponente, o como establece Alterini⁸³ (aunque no necesariamente siempre se tiene que dar así) de que en los contratos por adhesión *"sólo subsiste la igualdad y la libertad jurídicas, pues la igualdad y libertad económicas están desequilibradas"*, tienen vinculación con lo económico, y no con lo jurídico.

Por lo tanto, la realidad económica que pueda subyacer detrás de estos contratos, es materia de política legislativa, y será la ley la que dicte normas a efectos de evitar posibles abusos.⁸⁴

Como lo establecen Carnelli y Sarlo: *"cuando el legislador ha considerado que falta la simetría en los contratantes (arrendamiento, relaciones de trabajo, relaciones de consumo) ha intervenido para dictar criterios sustanciales tendentes a controlar el contenido de los acuerdos, limitando la autonomía de los particulares."*⁸⁵

4. Declaración de voluntad emitida automáticamente por una computadora.

Históricamente, el ser humano ha adoptado una actitud egocéntrica frente al mundo, con una permanente y sistemática resistencia al cambio. En el Siglo XX se ha evidenciado la resistencia a máquinas y artefactos creados por el hombre, fruto del desarrollo de esta tecnología, por la creencia de que puedan superarlo en algunos aspectos. Como en toda etapa de transición, se han desencadenado innumerables polémicas, tanto filosóficas como culturales y sociales.

Siguiendo a Sarra⁸⁶, que se remite al estudio de la solución humana de problemas, establece que la ciencia cognitiva⁸⁷ considera que los humanos resuelven los problemas de tres maneras posibles⁸⁸: a. inducción especulativa (es especulación o prueba y error, proceder que se verifica cuando no se cuenta con información); b. inferencia heurística (es innovación y creatividad, se lleva a cabo cuando se tiene algo de información y se infiere por analogía o por antecedentes); c. inferencia válida (es la deducción lógica, proceder que se verifica cuando se tiene toda la información).

⁸⁰ Alfaro Aguila Real "Las condiciones Generales de la Contratación" pags. 93 y sgtes. ha negado la naturaleza contractual o normativa de los contratos de adhesión, afirmando que las condiciones generales poseen simplemente eficacia declarativa y solo vinculan a las partes si contienen reglas de conducta cuya validez esté amparada por las fuentes comunes del derecho.

⁸¹ Pagador López "Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas" Marcial Pons, Madrid, 1999, citado por Andrés Mariño López "El control del contenido..." pag. 724.

⁸² Gustavo Ordoqui Castilla "Derecho..." , pag. 187.

⁸³ Atilio Anibal Alterini "Contratos..." , pag. 134.

⁸⁴ Dora Szafir "Consumidores ..." , pag. 222 expresa: "es necesario un control y una supervisión de este tipo contractual para evitar abusos y vicios en el consentimiento, así como establecer las cláusulas que se prohíbe insertar en los mismos".

⁸⁵ Santiago Carnelli - Oscar Sarlo "El principio de igualdad ..." ADCU N° XXXI, pag. 605.

Por el momento, la Inteligencia Artificial ha conseguido desarrollar programas que se resuelven de dos de las tres maneras recién señaladas: la inferencia válida, y según algunos autores a través de la inferencia heurística, quedando así reservado para los seres humanos las decisiones tomadas especulativamente.

No es nuestro propósito, detenernos en el estudio particularizado de las utilidades prácticas de la Inteligencia Artificial, de todas formas, difícilmente pueda avanzarse en el desarrollo de entidades inteligentes que contemplen esta inducción especulativa.

Si bien no se ha llegado a considerar que los ordenadores pueden tener derechos y obligaciones (aunque hay autores que no lo descartan en un futuro), no puede negarse la realidad de que estos ordenadores consisten en programas cuya función es entre otras, celebrar contratos en forma automática sin intervención humana concomitante.

Se plantean así las siguientes interrogantes: ¿es válida la manifestación de voluntad emitida por un ordenador o agente electrónico? ¿se perfecciona el contrato? ¿se puede decir que se configura voluntad? Y en caso afirmativo, ¿a quién se imputa la misma? ¿se trata de un sujeto independiente? ¿es aplicable el instituto de la representación?

A efectos de visualizar mejor lo complejo del tema citaremos el ejemplo que presenta Stiglitz⁸⁹: “*Un fabricante de automóviles, que produce cierto número de unidades al día, de distintos colores, programa su computadora para que reciba órdenes de compra sujetas a ese número máximo y a los colores disponibles; cuando el stock está agotado, la máquina no acepta más órdenes. Por otra parte, un vendedor minorista de automóviles programa su propia computadora para requerir al fabricante los vehículos conforme se lo piden los clientes; y, mediante ella, solicita las unidades. En el caso, una computadora programada manifiesta una invitación a ofertar del fabricante, otra computadora programada manifiesta una oferta del vendedor minorista, y el contrato queda celebrado cuando ésta es expedida por la computadora del fabricante*”.

Lorenzetti⁹⁰ habla de la “deshumanización del contrato”, comparando la evolución que hubo desde la codificación decimonónica, la cual asociaba la obligación contractual con el acuerdo de dos o más voluntades, voluntades con discernimiento, intención y libertad, hasta el ejemplo que estamos dando de la declaración automáticamente elaborada por la computadora, en la que la presencia del sujeto es sólo mediata, al programar la computadora, pero no inmediata en el acto de celebración.

Por ahora, como lo establece Caffera⁹¹, la respuesta sigue siendo que lo actuado por un agente electrónico sólo en la medida que sea una manifestación de voluntad es hábil para formar un contrato. Por lo que la voluntad emitida por computadora, (aunque esté programada) para actuar por sí misma no es sujeto independiente, cumpliendo tanto el hardware como el software una función instrumental, por lo que no es aplicable el instituto de la representación.⁹² La dificultad práctica se genera, por el hecho de que para que los agentes electrónicos operen como manifestaciones de voluntad cuando pueda demostrarse alguna conexión entre ellos y el acto de un individuo, es decir “*que la acción de ese agente electrónico sea legalmente atribuible a la persona que quedará vinculada*”⁹³.

F) Perfeccionamiento del contrato.

Perfeccionamiento equivale a formación o conclusión del contrato; un contrato está perfecto cuando una vez reunido todos los elementos esenciales nace a la vida jurídica, momento en el cual surge el haz obligacional.⁹⁴

Los contratos electrónicos, se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes, es decir que la forma no se requiere como elemento del negocio a los efectos de su existencia. En los contratos electrónicos, la forma posee eficacia *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Previo a determinar el momento de perfeccionamiento del contrato, es menester establecer si nos encontramos frente a un contrato entre presentes o entre ausentes.

⁸⁶ Andrea Viviana Sarra “Comercio electrónico...” pags. 120 y sgtes.

⁸⁷ El campo de conocimiento de dicha ciencia lo constituye el conjunto de los denominados estados mentales superiores: comprensión, percepción, memoria, pensamiento, solución de problemas y aprendizaje.

⁸⁸ Newell – Simon, “Heuristic problem solving: the next advance in operations research” y “Human problem solving” citado por Andrea Sarra “Comercio electrónico...”

⁸⁹ Rosana Stiglitz “Contratos celebrados por medio de computadoras” en “Contratos. Teoría General. T.I. Bs. As., 1990, pag. 223.

⁹⁰ Ricardo Lorenzetti, “Comercio...” pag. 167.

⁹¹ Gerardo Caffera “Contrato electrónico...” pags. 609 y sgtes.

⁹² Ricardo Lorenzetti, “Comercio...” pag. 176.

⁹³ Middlebrook-Muller citado por Caffera “Contrato electrónico...” pag. 609.

⁹⁴ Jorge Gamarra “Tratado de Derecho...” pag. 129.

Como ya se reseñó ut-supra (2.3.2), nuestro Código Civil reguló el lugar y el momento del perfeccionamiento en base a dos variables: la oralidad o verbalidad de la propuesta por un lado (artículo 1263), y la ausencia de las partes por otro (artículo 1265).

La particularidad de la contratación electrónica es que la misma es celebrada entre personas físicamente distantes, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea.⁹⁵ Es decir que permite concebir en la actualidad la existencia de contratos “entre ausentes” con “propuesta no verbal”, pero susceptibles de formarse instantáneamente.

Ahora bien, esta comunicación instantánea que permiten los medios tecnológicos entre personas ubicadas geográficamente en forma distante, ha dividido a la doctrina, entre los que consideran que hay un contrato entre presentes y los que afirman que es entre ausentes. Veamos las distintas posiciones:

1. Contrato entre presentes

En la doctrina argentina tenemos a Alterini⁹⁶, que considera que lo importante no es la distancia física sino la jurídica. En la misma línea, Lorenzetti⁹⁷, afirma que la presencia física como elemento de distinción que utilizaron los códigos decimonónicos y que se basaban en que se requería un tiempo para que el consentimiento se perfeccione, pierde vigencia, ya que a medida que aparecieron las tecnologías se permite que personas que no están físicamente presentes se comuniquen instantáneamente.

En la doctrina uruguaya podemos mencionar entre los que se afilian a esta posición a Caffera⁹⁸ el cual señala “*ya no importa tanto donde estén ubicados los sujetos sino si la comunicación permite o no transmitir una respuesta inmediata...*” luego agrega “*el concepto de presencia asociado a la formación del contrato es un problema comunicacional, no geográfico*”. Dicho autor sin embargo aclara, que hay que distinguir según el tipo de comunicación que haya en Internet: en el caso de que no haya una conexión permanente y mientras no se realice una conexión al mismo los mensajes permaneciendo los mensajes en el buzón del usuario, es decir que no se recibe la aceptación inmediatamente concluye que no hay presencia en el sentido comunicacional y habría por lo tanto contrato entre ausentes (se aplica el artículo 1265). En cambio cuando hay intercambio de comunicación como por ejemplo en un chat con capacidad de respuesta inmediata estamos ante un contrato entre presentes (se aplica el artículo 1263).

2. Contrato entre ausentes

Por otro lado, está la posición de la doctrina que considera que estamos frente a un contrato entre ausentes, entre ellos, Gabriel Fernández⁹⁹, expresa, “*Cuando se habla de contratos concluidos entre ‘ausentes’ o ‘presentes’, se hace referencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico, en el momento de emitirse la propuesta y en el instante de recepcionarse o conocerse la respuesta...*”. Así, entiende el autor citado que “*No debe confundirse la ‘presencia’ del medio utilizado para formar el consentimiento (teléfono, computadora, correspondencia epistolar, telegráfica, etc.), que siempre están presentes en el sentido de que la manifestaciones de voluntad deben llegar por algún medio de comunicación a su destinatario, con la efectiva ‘presencia-ausencia’ humana (de las partes)*”.

3. Nuestra posición

Coincidiendo con la posición de Gabriel Fernández¹⁰⁰, consideramos que estamos ante un contrato entre ausentes. El hecho de que el consentimiento se configure en forma instantánea no implica negar que estamos ante un contrato a distancia.

Conforme dicho autor, el consentimiento se constituye en el momento y lugar en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente, ya se trate de consentimiento formado instantáneamente, o constituido progresivamente. De regla, constitución del acuerdo volitivo y perfeccionamiento del contrato coinciden

⁹⁵ Ricardo Lorenzetti “Comercio...” pag. 191.

⁹⁶ Atilio Anibal Alterini “Contratos...” pag. 288.

⁹⁷ Ricardo Lorenzetti “Comercio...” pag. 191 y sgtes.

⁹⁸ Gerardo Caffera “Contrato electrónico...” Pags. 610 y sgtes.

⁹⁹ Gabriel H. Fernández “Algunas reflexiones...” pag. 56.

¹⁰⁰ Idem.

cronológicamente y espacialmente, pues el consentimiento concluye en el lugar y en el acto en que la aceptación llega al proponente; y según el artículo 1265 del Código Civil: *"El contrato...se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente"*.

Siguiendo al mencionado autor en caso de que el consentimiento se forme instantáneamente, no existirá problema en establecer el momento y lugar en que se constituye, pues aceptación, recepción y conocimiento de la aceptación se producen de manera simultánea. En cambio, cuando se constituye en forma sucesiva, al existir necesariamente un lapso entre la aceptación y la recepción por el proponente y entre la recepción y el conocimiento efectivo del contenido, se hace necesario que el legislador fije un criterio.

Coincidiendo con la posición de Gamarra¹⁰¹, consideramos que nuestro derecho positivo adhirió como regla a la teoría de la recepción, con excepción de los casos expresamente excluidos¹⁰². Dicho autor señala *"El concepto de recepción ha sido precisado por la doctrina refiriéndolo al momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer la respuesta; vale decir, cuando la respuesta entra en al esfera de control del destinatario con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste"*. Luego agrega, *"se prescinde del conocimiento para atenerse a un hecho material (la llegada de la respuesta)"*.

En la contratación electrónica hay que distinguir dos supuestos:

- a. Contratos on line. Consisten en los contratos concluidos por medios electrónicos interactivos, en los cuales hay capacidad de respuesta inmediata, por lo tanto el consentimiento se forma instantáneamente.
- b. Contratos off line. Son los contratos celebrados a través de correo electrónico. Al no haber una conexión permanente, los mensajes permanecerán en el buzón del usuario, el cual sólo estará habilitado para acceder a los mismos cuando los descargue en su ordenador. En esta hipótesis al formarse el consentimiento en forma sucesiva el contrato se va a perfeccionar cuando la aceptación llegue al ámbito de disponibilidad del oferente.

III. EL CONTRATO ELECTRÓNICO Y LA LEY DE RELACIONES DE CONSUMO.

A) Introducción

Como consecuencia de las profundas transformaciones económicas y sociales, que han dado origen a la denominada sociedad de consumo, en la que el consumidor aparece como la parte más débil de la contratación, fruto de la diferencia de poder negocial entre los sujetos, se hacía imperante la sanción de una norma que tutelara los derechos de los consumidores. En efecto, los códigos clásicos no se ocuparon específicamente del consumidor.

La protección del consumidor como parte débil, puede ser en forma directa o indirecta. La protección indirecta alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios. Mientras que la protección directa se concibe como la realizada mediante la atribución de derechos concretos a favor del consumidor.¹⁰³ Esta última pertenece al ámbito del derecho privado. Ambos enfoques son complementarios y actúan como vasos comunicantes.

Si bien es cierto que la existencia de un mercado competitivo es uno de los mecanismos más eficientes para la defensa del consumidor, ya que el incremento de opciones de productos y servicios es lo que asegura la libertad contractual y favorece el poder de negociación del individuo, muchas veces no es suficiente. En efecto, si bien la competencia mejora la autonomía del consumidor, ello no excluye que se haga muchas veces imperante la necesidad de una intervención directa.

Es así que siguiendo las pautas dictadas por la Asamblea de las Naciones Unidas (resolución 39/248 sobre directrices para la protección del consumidor), como lo establecido por el artículo 8 del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR del Comité Técnico N° 7 de diciembre de 1997, se sanciona la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

¹⁰¹ Jorge Gamarra, "Tratado..." pag. 137.

¹⁰² Sistema de conocimiento: muerte o incapacidad para contratar del proponente antes de haber sabido la aceptación (artículo 1268), el contrato de donación (artículos 1620, 1621). Sistema de aceptación: contrato de mandato (artículo 2058).

¹⁰³ Gema Botana García. "Noción de consumidor". España.

Si bien había normas tuitivas del consumidor, las mismas se hallaban dispersas en diversos textos, carecían de coordinación y no trataban en forma integral la posición del consumidor. Tal como se expresa en la Exposición de Motivos: "Actualmente, el orden jurídico de nuestro país consagra diversas normas que por su naturaleza, contenido o finalidad protegen al consumidor. No obstante, ellas se hallan dispersas en distintos textos, lo cual repercute negativamente en la coordinación, eficacia y uniformidad de sus objetivos. De ello surge la necesidad de plasmar una norma que en forma integral considere la posición y actuación del consumidor e el mercado, propendiendo a su tutela en un contexto equilibrado de desarrollo y fomento de la actividad económica del país". Más adelante agrega "El derecho tradicional de neto corte individualista fue aprobado en función de una sociedad donde la oferta se dirigía a sujetos determinados y la exposición de bienes constituía una 'simple invitación a ofertar'. En la sociedad contemporánea se aprecia que existe una creciente oferta dirigida a sujetos indeterminados por lo que dicha normativa debe ser actualizada dando respuestas adecuadas a la nueva realidad".

Como ya se señaló, la ratio de la ley, apunta a la protección de la parte débil de la relación, siendo la razón de ser es la de evitar abusos, generados por la disparidad del poder de negociar, pues sea por razones económicas o de conocimiento el proveedor es el que tiene la posición dominante¹⁰⁴.

B) ¿Derecho común o microsistema?

Las normas que nos ocupan ¿forman parte del derecho común o constituyen un microsistema? La distinción es trascendental, ya que cuando estamos ante un microsistema, la norma responde a sus propios principios, pero si por el contrario se entiende que la ley es una expresión de soluciones que ya venían impuestas por el ordenamiento jurídico antes de su existencia, la misma no será de interpretación estricta y será pasible de interpretar los presupuestos objetivos y subjetivos de su disciplina en sentido extensivo.

Al respecto Alterini, remitiéndose a Perret y Perlingieri¹⁰⁵ expresa: "*El Código Civil, conforme a la tradición de los regímenes de Derecho codificado, seguirá siendo el esqueleto de este sistema sobre el cual las leyes especiales deben sujetarse para regular situaciones particulares de una manera coordinada con el Código y las otras leyes especiales*", pues "*el Derecho común está contenido en el Código, y sólo las situaciones particulares son tratadas en leyes especiales*" (Perret). Pero debe ser evitado "*el excesivo fraccionamiento del Derecho*", del cual "*frecuentemente deriva la dificultad de comprender el sistema normativo y de conservar la unidad sustancial*" (Perlingieri).

Sobre esta temática nuestra doctrina tiene posiciones encontradas:

1. Posición de Caumont y Mariño

Por un lado Caumont y Mariño¹⁰⁶ entienden que la ley sobre las relaciones de consumo constituye un microsistema, con principios diferentes a los del Código Civil. En la misma línea se encuentran Szafir¹⁰⁷ y Ordoqui¹⁰⁸. Este último expresa "*Cuando se defiende la autonomía del Derecho de Consumo no se pretende aislarlo por completo de otras normas jurídicas. Se busca resaltar que gira en tono a un núcleo particular – uniforme y coherente – que le da un régimen especial, con principios, institutos, conceptos e instrumentos de interpretación propios.*" Luego agrega "*el Código Civil opera en forma residual, por lo que nos estamos refiriendo a una autonomía relativa y no a una separación absoluta. Estamos ante un "microsistema" y no ante un derecho especial de carácter inter o multidisciplinario*".

2. Posición de Blengio

En la posición opuesta, Blengio¹⁰⁹ sostiene que esta ley es una expresión más concreta y articulada de soluciones que ya se encontraban en el ordenamiento jurídico, por lo que siendo especial la norma permite su extensión analógica. Citando a Donato Busnelli, Blengio expresa "*la existencia de un común denominador entre el derecho general y la legislación especial, que identifica en la buena fe objetiva, por lo que consi-*

¹⁰⁴ Juan Blengio "Ambito subjetivo..." pags. 457 y 458.

¹⁰⁵ Atilio Anibal Alterini "Contratos..." pags. 54 y 55.

¹⁰⁶ Arturo Caumont, Andrés Mariño; en conferencia dada el 13/11/01, en el curso organizado por el Centro de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, "Curso de actualización civil".

¹⁰⁷ Dora Szafir "Consumidores..." pag. 13.

¹⁰⁸ Gustavo Ordoqui "Derecho del Consumo..." pag. 17.

¹⁰⁹ Juan Blengio "Ambito subjetivo..." pag. 463.

dera a leyes como nuestra 17.250, no ya como excepcionales, sino especiales, que presentan con la solución general una relación de continuidad de genus a species, lo cual permite interpretar los presupuestos objetivos y subjetivos de su disciplina en sentido extensivo justificando eventuales hipótesis de aplicación analógica.”

Dicho autor argumenta, que lo que se procura con las leyes como las de defensa del consumidor, es proteger a sujetos que se encuentran en una posición intrínseca de debilidad en un cierto tipo de actos jurídico-económicos (los actos de consumo), por lo que concluye: *“no se ve muy bien cual sería la justicia y la racionalidad de una solución que postulara un tratamiento diverso para sujetos, que, aunque no fueren consumidores, se encontraran en una posición sustancialmente igual a la de éstos”*. Por último se funda afirmando que la ley 17.250 actúa un objetivo de justicia distributiva en aplicación del principio de igualdad que se traduce en la posibilidad de aplicar mecanismos tendientes a eliminar el desequilibrio de una relación negocial desequilibrada.

3. Nuestra posición

Coincidiendo con la posición de Caumont y Mariño, consideramos que se trata de una ley excepcional por lo que su interpretación debe restringirse a los supuestos subjetivos y objetivos previstos por el legislador, rechazando así la posición que considera viable la extensión analógica.

Como lo establecen Carnelli y Sarlo¹¹⁰, *“en nuestro derecho se ha optado por el sistema liberal que reconoce como ideal la regulación autónoma de los sujetos quedando las normas heterónomas con una función de garantía de aquella o supletoria cuando la autonomía ya no es posible, debido a asimetrías económicas o sociales entre las partes”*. Asimismo agregan *“en materia de intercambio oneroso de bienes, no existe norma que consagre un criterio objetivo de igualdad conmutativa, y por lo tanto los jueces estarían imposibilitados de realizarla a través de sus fallos”*. De ahí que sea necesaria una norma expresa como es la de relaciones de consumo para apartarse y limitar la autonomía de las partes.

C) Aspecto subjetivo: Consumidor

Como lo destaca Wonsiak¹¹¹ el concepto de consumidor en la ley de relaciones de consumo, reviste gran importancia debido que al no haber un único concepto legal ni doctrinario, su delimitación fija el ámbito de aplicación de la ley en cuanto a los sujetos titulares de la legitimación causal activa y por ende de los comprendidos en el régimen especial que la misma consagra.

La definición de consumidor ha resultado problemática en nuestro país, con posiciones encontradas que van desde una posición amplia sostenida por Blengio y Wonsiak, hasta posiciones restrictivas como lo es la de Olivera.

Los antecedentes de nuestra ley se encuentran fundamentalmente en la ley española, la ley argentina y el proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR.

Si bien el artículo 2 de la ley 17.250 es el que contiene la definición de consumidor, su cabal conceptualización surge de la delimitación del ámbito subjetivo de la norma es decir, de los artículos 1 al 5 contenidos bajo el título de “Disposiciones Generales y Concepto”.¹¹²

El artículo 2 reza lo siguiente: *“Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.*

No se considera consumidor o usuario aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

Por su parte, el artículo 1 del Decreto Reglamentario N° 244/00 estipula: *“A los efectos de esta reglamentación, y conforme a lo dispuesto por el artículo 2° de la ley 17.250, es consumidor quien adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo. Cuando el consumidor formule denuncia basada en el incumplimiento de la Ley mencionada o sus normas reglamentarias, y que refiere a una relación de consumo ya perfeccionada, deberá probar dicha relación mediante la factura, o, cuando ésta*

¹¹⁰ Santiago Carnelli – Oscar Sarlo “El principio de igualdad...” ADCU N° XXXI., pag. 605.

¹¹¹ María Wonsiak de Haskel “Relaciones de Consumo” Ponencia: El concepto de consumidor e la ley 17.250 que regula las relaciones de consumo. IV Jornadas uruguayas de derecho privado.

¹¹² Idem.

no sea requerida por las normas vigentes, por los medios de prueba generalmente aceptados por el ordenamiento jurídico”.

Estamos así, ante una noción concreta¹¹³ de consumidor, lo que va a permitir al consumidor reclamar la protección de que es objeto por el hecho de reunir los requisitos que le son exigidos por la ley. Este criterio se basa en una noción de tipo subjetivo, ya que centra sobre la persona del consumidor y sobre las condiciones en las cuales estos desempeñan su papel dentro del ciclo económico.¹¹⁴

El texto del artículo 2 de la ley 17.250 es tomado de los incisos segundo y tercero del artículo 1° de la Ley Española General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, y al igual que esta ley hace una definición positiva, la que se complementa con una definición negativa. Este tipo de definición negativa es un recurso normativo que se utiliza para excluir supuestos que de otra forma podrían ser entendidos en la definición positiva. Pero ambas normas cometen el error de establecer que son consumidores quienes son destinatarios finales en la definición positiva y no son consumidores quienes no son destinatarios finales, pero no se define quienes son destinatarios finales.

Como ya se adelantó, este error fue interpretado en forma diferente por parte de la doctrina uruguaya dando un distinto alcance al concepto de consumidor. Asimismo tampoco hay acuerdo sobre la interpretación que debe realizarse en la norma uruguaya en su definición negativa de los términos “prestación a terceros” que están en la ley española, en la argentina y en el proyecto de protocolo de defensa del consumidor.

Veamos ahora las distintas posiciones respecto del consumidor:

1. Posición de Blengio

El punto de partida de la interpretación que Blengio¹¹⁵ sostiene, en lo que refiere a la concepción amplia que otorga él al concepto de consumidor, como en lo que ya se comentó cuando se hizo referencia a la posición que tiene respecto de la posibilidad de aplicar en forma extensible los presupuestos objetivos y subjetivos previstos en la ley 17.250 a otras hipótesis en la que se constata un sujeto débil en una relación contractual, aunque el mismo no se configure en una relación de consumo, se basa en la interpretación que dicho autor da al principio de igualdad. A su juicio, dicho principio se traduce en tratar de manera diferente a quienes están en posiciones jurídico-económicas diferentes, con el objetivo de restablecer el equilibrio fracturado.

En efecto, afirma que en lo que refiere a la interrelación de los principios constitucionales de libertad e igualdad referidos a la negociación, la relación que media entre la regulación de la ley 17.250 y las soluciones del sistema jurídico en el que viene a insertarse, es la que media entre el género y la especie.

Agrega, que aunque la buena fe pertenece al campo de las nociones de fondo del ordenamiento jurídico, tiene sin embargo una especial gravitación en el ámbito de la contratación masiva, donde la determinación del contenido negocial está en manos de la parte dotada de mayor poder.

Analizando la técnica utilizada por el legislador en el artículo 2, como ya se comentó, dando una definición positiva y otra negativa expresa: *“La definición negativa no aporta claridad a la individualización de la noción de consumidor. Pues aunque a primera vista solo parece tener en cuenta, como elemento excluyente de esa calidad, la finalidad que describe (integrar el bien o servicio en “procesos de producción, transformación o comercialización”), la exigencia contenida en la primera parte de la misma: “sin constituirse en destinatario final”, deja ciertamente dudas en cuanto a la incidencia que ella tiene. Por lo que, en función del tenor literal de la norma, bien podría sostenerse que un sujeto que se constituyera en destinatario final de los bienes y servicios que adquiere o utiliza, debería ser considerado consumidor a pesar de haberlos obtenido con la indicada finalidad.”*

Comparando dos de nuestras principales fuentes: las leyes española y argentina con la nuestra, dicho autor, se apoya para respaldar su posición amplia. Respecto de la ley española, en cuanto que también se articula sobre una doble definición (positiva y negativa), la negativa no hace referencia a la hipótesis de la integración del bien o servicio que se utiliza o adquiere en “prestaciones a terceros”.

En cuanto a la ley argentina que también recurre a una doble definición, a diferencia de la nuestra, no incluye en la definición negativa al indicado núcleo (no constituye destinatario final), y se limita a señalar

¹¹³ En la noción abstracta de consumidor se destaca la protección a los consumidores y a la calidad de vida, noción adecuada no para la atribución de derechos individuales sino más bien para expresar programas políticos de atención a todos los ciudadanos como consumidores.

¹¹⁴ Gema Botana García. “Noción de consumidor”. España.

¹¹⁵ Juan Blengio “Ambito subjetivo...” pag. 463.

que no tendrán la calidad de usuarios, quienes “adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros”.

Por lo que Blengio concluye que tales diferencias, “sumada a las razones que motivaron el texto de la definición de la ley española que sirvió de modelo a la uruguaya y a la obliteración (en la nuestra) de la referencia la incorporación del bien o servicio que se adquiere, almacena, utiliza o consume a una prestación a terceros, que se encuentra presente tanto en el texto de la norma madre española como en la argentina..., apoyan una interpretación amplia del artículo 2 que tiene especial incidencia en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley 17.250”.

Por último, confirma su posición la ausencia de referencia a la finalidad de integración del bien o servicio en “prestación a terceros” que hace nuestra ley, separándose de las leyes argentina y española, y que según Szafir¹¹⁶ dicha omisión fue deliberada para evitar que se consagraran soluciones injustas, como lo hubiera sido la de tratar de un mismo acto, por ejemplo, la adquisición de un computador, como empresarial o de consumo, según que el adquirente, por ejemplo un abogado lo destinara a su estudio o su domicilio particular.

2. Posición de Wonsiak

Wonsiak¹¹⁷, al igual que Blengio, considera que la omisión de la ley respecto de sus antecedentes en cuanto a la “prestación de terceros” no fue un error del legislador: “nuestra ley ha adoptado un criterio más amplio que el destinatario final, en tanto los sujetos activamente legitimados no son sólo los destinatarios finales de los productos o servicios sino que por la armonización de los incisos 1 y 2 del artículo 2 se extrae que también son consumidores para la ley 17.250 quienes sin ser destinatarios finales utilicen bienes o servicios para ‘prestación a terceros’”. Luego agrega “la exclusión de la ‘prestación a terceros’ no obedece a una inadvertencia o error al redactar el proyecto, sino a una postura fundada y a nuestro juicio justa.”

Por otro lado, dicha autora considera que para determinar si se es consumidor o no respecto a las personas jurídicas, es fundamental la noción de integración, ya que “es crucial para la determinación de cuándo la utilización de un producto o servicio forma parte de un proceso de ‘producción, transformación o comercialización’. Su categorización debe realizarse con un criterio amplio de razonabilidad, considerando tal únicamente la efectiva utilización para dichos procesos y no las actividades que permiten su implementación”.

3. Posición de Olivera García

Olivera García¹¹⁸ se pronuncia por una posición restrictiva respecto del concepto de consumidor, afirmando que todos los profesionales están excluidos, ya que en todos los casos nos encontramos frente a personas que están especializadas en los contratos necesarios para el desarrollo de su actividad.

En lo que refiere a las personas jurídicas, entiende dicho autor que las únicas que se encuentran amparadas por la ley son aquellas que por sus especiales características se encuentren en una situación similar a las de las personas físicas.

Olivera García expresa: “La empresa constituye una organización profesional de factores productivos destinadas a la producción de profesional de factores productivos destinados a la producción de bienes y servicios. Su carácter profesional determina que cuente con la información y la experiencia necesarias para adoptar las decisiones que mejor se adapten a sus necesidades económicas y productivas”.

“Pretender extender la protección legal a los consumidores finales y privados de bienes y servicios al consumo empresarial, aparte de contravenir la letra y espíritu de la ley, provoca importantes distorsiones en el mercado, lejos de mejorar su funcionamiento y competitividad, una interpretación diferente violentaría gravemente el principio de igualdad que debe presidir la contratación entre los profesionales del comercio”.

¹¹⁶ Dora Szafir, “Consumidores...” pag. 20.

¹¹⁷ María Wonsiak de Haskel “Relaciones...” pag. 9 y sgtes.

¹¹⁸ Ricardo Olivera García, “El concepto de consumidor en la Ley de Relaciones de Consumo” Tribuna del Abogado N° 119, octubre/diciembre 2000, pags. 11 y sgtes..

4. Nuestra posición.

No cabe duda que las imperfecciones en la redacción de la ley habilita a que se hayan sostenido interpretaciones que dan un distinto alcance al concepto de consumidor, como lo acabamos de reseñar.

No obstante, adherimos a la posición restringida sostenida por Olivera García en base a los siguientes fundamentos:

En primera instancia, no debemos perder de vista que de acuerdo a como ya se señaló, nos encontramos ante una ley excepcional, por lo que la interpretación de la misma es de carácter restrictivo. En efecto, el principio de igualdad sobre el cual se sustenta nuestro ordenamiento constitucional, se vería violentado, si se da un alcance amplio al aspecto subjetivo.

Conforme lo establecido por Carnelli y Sarlo¹¹⁹, el artículo 8 de la Constitución refiere a la igualdad distributiva, siendo inaplicable por lo tanto a las relaciones conmutativas. Al establecer el artículo 10 de la Constitución que las "acciones de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados", está reconociendo un ámbito de libertad de los sujetos para determinar libremente el contenido de sus acuerdos. Por lo que siendo nuestro ordenamiento jurídico de corte liberal, en el cual se parte de la base de que los únicos legitimados para determinar dicha igualdad son los contratantes, un apartamiento como el que establece la ley de relaciones de consumo en lo que refiere a la limitación de la autonomía de voluntad de las partes debe ser interpretado en forma estricta.

En segundo término, tenemos que de acuerdo al inciso segundo del artículo 2 de la ley 17.250, no es consumidor quien adquiere un bien o servicio para reintroducirlo al mercado a través de la producción o la comercialización de un servicio a terceros, y en realidad, quién presta servicios a terceros en forma profesional se encuentra produciendo ese servicio y/o comercializándolo. Además, el acto de consumo tiene para el adquirente de bienes o servicios, la finalidad de satisfacer una necesidad particular o doméstica y ello excluye la posibilidad que un profesional o empresario adquiera un bien o servicio como consumidor.

Por último, la protección del consumidor se basa en la desigualdad entre las partes proveniente de la mayor competencia y pericia del empresario. Si bien hay que reconocer que el desequilibrio puede producirse también cuando el profesional no contrata en el sector de su actividad habitual, como lo establece Botana García¹²⁰, sería excesivamente problemático establecer una distinción como la apuntada, ya que podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica tener que analizar en cada caso si concurren todas las características que el legislador consideró relevantes para otorgar protección. Además como lo establece dicho autor "*se corre el riesgo de difuminar excesivamente la noción misma de consumidor*". Cabe agregar, que el equilibrio de las posiciones contractuales entre empresas no puede realizarse por las normas de derecho de consumo, cuya finalidad es la protección de una situación diferente.

D) La vulnerabilidad del consumidor: asimetría económica, informativa y tecnológica.

Como ya se ha señalado en más de una oportunidad, la ratio de la Ley de Relaciones de Consumo es la de evitar abusos, generados por la disparidad del poder de negociar, pues sea por razones económicas o de conocimiento el proveedor tiene una posición dominante¹²¹. Esta disparidad se hace más patente en el caso del consumidor del comercio electrónico, el cual no se trata de un técnico en aspectos informáticos, la empresa titular del servicio muchas veces no es fácilmente ubicable en caso de eventuales reclamos o de accionamientos de responsabilidad, por lo que las diferencias cognoscitivas principalmente a lo que hace a la información y la tecnológica se acentúan mucho más.

Lorenzetti¹²² realiza la distinción de tres categorías:

Asimetrías económicas: las diferencias económicas que se constatan en el mundo de la economía real, se mantienen en el mundo digital. Los oferentes con importante poder de negociación, apuntan a realizar fusiones y acuerdos estratégicos, evidenciando una tendencia a la concentración. De todas formas, consideramos que esta tendencia en cierta forma se neutraliza, si tenemos en cuenta lo señalado en el punto 1.4. En efecto, una de las ventajas del comercio electrónico, al disminuir los costos de acceso a la red y la amplísima

¹¹⁹ Santiago Carnelli – Oscar Sarlo "El principio de igualdad..." ADCU N° XXXI. Pag. 605.

¹²⁰ Gema Botana García. "Noción de consumidor". España.

¹²¹ Juan Blengio "Ambito subjetivo..." pags. 457 y 458.

¹²² Ricardo Lorenzetti "Comercio..." pag. 119 y sgtes.

interconectividad de la red, es que ha generado oportunidades especialmente a las pequeñas unidades económicas.

Asimetrías informativas: Las diferencias informativas se acentúan en el campo del derecho digital, ya que nos encontramos con productos que están constituidos por información, lo que instaura una nueva diferencia cualitativa. En efecto, las características del producto constituido por información como la intangibilidad (renuente así de comprobación empírica), hermético (presenta una ajenidad respecto de la posibilidad de conocerlo sobre la base del grado de conocimiento que ya tiene respecto de otros productos), cambiante y flexible (de poco sirve la experiencia anterior), está inserto en un sistema de relaciones complejo, puesto que presenta múltiples interacciones con otros sujetos u otras partes.

Asimetrías tecnológicas: En el medio virtual, además de lo dicho surge una diferencia cognoscitiva respecto del medio empleado. Así la aparición de nuevas tecnologías de marketing invasivo, lo que se acentúa en el caso de Internet, que permite hacer publicidad dentro del hogar del consumidor, incrementa la vulnerabilidad de los consumidores.

Las ofertas que se realizan por medios electrónicos, si bien tienen la finalidad práctica que permite al consumidor no tener que desplazarse de su casa, presenta entre otros riesgos, la imposibilidad que tiene el consumidor en el momento que se perfecciona el contrato de comparar la calidad y el precio, al no tener un contacto directo e inmediato con las cosas objeto del contrato.

Esta peculiaridad, sumado a las asimetrías que se acaban de enunciar, ha determinado que el legislador haya regulado una especial protección para el consumidor, otorgándole el derecho de revocar el contrato, es decir la posibilidad de que en un plazo breve deje sin efecto la relación de consumo, tal como lo veremos a continuación.

E) El derecho de revocación

1. Precisiones terminológicas

El derecho de revocación es un derecho subjetivo potestativo, que la ley otorga al consumidor, en el caso concreto de los contratos realizados fuera del local empresarial, por el cual se otorga la posibilidad de dejar sin efecto el contrato celebrado.¹²³

Constituye una excepción a la fuerza vinculante del contrato establecida en el artículo 1291 del Código Civil, el cual habilita a que por voluntad de una de las partes - en este caso sólo el consumidor - deje sin efecto el compromiso, no violentando dicho principio en virtud de tener fuente legal como lo indica el artículo 1294 del Código Civil. Asimismo, también constituye una excepción a lo dispuesto por el artículo 1253, el cual establece el principio según el cual los contratos no se pueden dejar librados al arbitrio de una sola de las partes.

A este derecho que se le otorga al consumidor, cuando se dan los presupuestos establecidos en la norma ha recibido múltiples denominaciones: derecho de arrepentimiento, de desistimiento, hay quienes lo presentan como un caso de contrato a prueba, que se perfecciona al término del período de reflexión, que es un contrato sujeto a condición suspensiva o resolutoria. Nuestra ley habla de “rescisión o resolución”.

La temática está intrínsecamente relacionada con la naturaleza jurídica del instituto, así como también va a depender de cada derecho positivo. En el caso de nuestro derecho, surge del texto legal, que la aceptación fue emitida y que se deja sin efecto un contrato ya perfeccionado.¹²⁴

Como acertadamente lo señala Ordoqui¹²⁵ más preciso hubiera sido referirse a “revocación” y no a “rescisión o resolución” como lo hace la ley, ya que no se está ante un caso de incumplimiento (presupuesto de la acción de resolución), y los efectos de esta revocación no se proyectan hacia el futuro (como es en el caso de la rescisión), sino que deben repriminarse, volver atrás las cosas, dejando a las partes en la misma situación en que se encontraban antes de vincularse contractualmente.

La figura del receso sería solo aplicable en la hipótesis de que estemos ante un contrato de cumplimiento continuado. En este caso, la parte del contrato ya ejecutado no puede retroceder por lo que la obligación del consumidor de pagar por la prestación parcialmente ejecutado confirma la eficacia futura del receso.

¹²³ Gustavo Ordoqui “Derecho del Consumo...” pag. 112.

¹²⁴ Dora Szafir, “Consumidores...” pag. 144.

¹²⁵ Gustavo Ordoqui “Derecho del Consumo...” pag. 112.

2. Derecho comparado

A) Directiva 97/7/CE de la Unión Europea

La Directiva de la Unión Europea sobre ventas a distancia con marketing directo N° 97/7/CE, establece un derecho de receso que puede ejercerse sin causa dentro de los 7 días, contados a partir de la contratación de los servicios o la entrega de la cosa. Sin embargo se disponen una serie de excepciones (artículo 6): en los contratos de bolsa de valores, compra de programas de computación y grabación de video o audio, suscripción a diarios o revistas, contratos de juego o lotería.

B) Derecho argentino

La ley 24.240 que regula el régimen de las compraventa a domicilio y por correspondencia reconoce este derecho al consumidor (artículo 34), el cual puede revocar la aceptación durante el plazo de 5 días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, sin responsabilidad alguna.

C) Derecho Español

Tenemos que el derecho español realiza la siguiente distinción:

a. Por un lado está la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCOM), que regula el contrato electrónico, y en su artículo 44 otorga al adquirente la posibilidad de desistir libremente del contrato celebrado en un plazo de 7 días contados desde la fecha de recepción del producto. Luego el artículo 45 efectúa ciertas excepciones al derecho de desistimiento.¹²⁶ Respecto del derecho de desistimiento, el autor español Fernández Albor Baltar¹²⁷ señala: *“el derecho de desistimiento debe considerarse como un derecho de resolución de un contrato celebrado previamente de forma perfectamente válida y eficaz”*

b. Por otro lado está la Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales, el cual en el artículo 5 otorga un derecho de revocación. Al respecto Fernández Albor Baltar¹²⁸ expresa: *“por medio del derecho de revocación se intenta simplemente evitar que un consentimiento contractual prestado en una situación forzada despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un proceso negocial “ordinario”, luego agrega “la declaración emitida por dicho consumidor no es el resultado de un proceso libre y espontáneo de maduración de voluntades contractual, sino antes al contrario, el resultado de una voluntad condicionada por la solicitud contractual intempestiva y por la presencia física del empresario o su representante”*.

Lo reseñado nos merece las siguientes reflexiones:

En primer lugar, se puede señalar desde una óptica del derecho uruguayo, no se encuentra fundamento para la regulación en dos leyes, como supuestos distintos y otorgándole naturaleza jurídica al instituto de la revocación, sobre la distinción de si se trata de un contrato celebrado fuera del local comercial o de un contrato electrónico.

En nuestro derecho, como ya lo estudiaremos a continuación, la ley 17.250 en un mismo artículo regula este derecho de revocación, cuando la *“oferta de productos o servicios se realice fuera del local empresarial”* y a continuación enumera a título enunciativo distintas hipótesis *“por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar”*, es decir que hay una relación de género a especie: la oferta por medios informáticos constituye una especie dentro del género ofertas fuera del local empresarial.

En segundo lugar, en lo que refiere al derecho de desistimiento al cual consideran un *“derecho de resolución celebrado de forma perfectamente válida y eficaz”*, analizándolo a partir de una visión de nuestro derecho, no remitimos a lo señalado ut-supra. En efecto, como lo señala Carnelli¹²⁹ el derecho de resolución se diferencia del derecho de revocación porque *“el presupuesto de la acción resolutoria es el incumpliendo del contrato por la otra parte”*, lo cual no es el caso.

Por último, se habla de derecho de revocación para el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, *“para evitar un consentimiento contractual prestado en una situación “forzada”*. Si bien no se establece en forma explícita, se desprendería que estamos en la teoría de los vicios de la voluntad, y el

¹²⁶ El artículo 45 de la LOCM excluye aquellas transacciones que tengan por objeto *“valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor”*. En segundo lugar, tampoco procederá en *“aquellos contratos celebrados con intervención de fedatario público. Por último excluye una serie de supuestos heterogéneos, en los que, sin embargo, si las partes lo acuerdan será posible el ejercicio del derecho de desistimiento: “ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados de carácter inmediato”, o aquellos “que se destinen a la higiene corporal”, o que en razón de su naturaleza no pueden ser devueltos”*

¹²⁷ Angel Fernández Albor Baltar *“Régimen jurídico...”* pag. 301 y sgtes.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Santiago Carnelli. Tratado de Derecho Civil Tomo XIV pag. 242.

objetivo de los mismos es proteger la libertad de las partes. En este caso falta uno de los elementos esenciales del contrato: el consentimiento, por lo que el mismo no se llega a perfeccionar.

3. Nuestro Derecho: artículo 16 ley 17.250

El artículo 16 de la ley 17.250, constituye una de las pocas normas que refiere específicamente a la contratación electrónica, como una de las formas en las que oferta se puede realizar fuera del local comercial, regulando el derecho que tiene el consumidor a revocar el contrato.

Dicho artículo comienza señalando: “La oferta de productos o servicios que se realice fuera del local comercial, por medio de postal, telefónico, televisivo, informático o similar da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, ‘ipso iure’ el contrato.”

La amplitud de la definición permite abarcar toda oferta realizada fuera del local empresarial, la única condición es que se trate de una oferta fuera del local comercial o empresarial, entre las que se encuentra las realizadas por “medio informático o similar”.

Luego dicha norma continúa estableciendo: “El consumidor podrá ejercer tal derecho dentro de los cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte. La opción por la rescisión o resolución deberá ser comunicada al proveedor por cualquier medio fehaciente”.

Su ejercicio implica el perfeccionamiento del contrato, configurando un derecho de revocación autorizado legalmente. Ordoqui,¹³⁰ entre otras reseña las siguientes condiciones para que opere dicho derecho: a. que se haya celebrado un contrato de consumo bajo la forma de “fuera del establecimiento comercial” (hipótesis dentro de la cual entran los contratos electrónicos), b. el plazo para ejercer dicho derecho es de 5 días hábiles c. la norma da instrucciones de cómo debe comunicarse el ejercicio de este derecho: de modo fehaciente, y dicha manifestación de voluntad es de carácter recepticio, d. el ejercicio del derecho de revocación establecido en el artículo 16 es discrecional, no siendo necesario fundarlo.

Los efectos de la revocación es reprimir los efectos: el consumidor deberá devolver el producto recibido, sin uso, tal como fue entregado, y el proveedor debe reintegrar lo percibido como precio.

IV. CONCLUSIONES

Resulta una verdad incuestionable, a esta altura de los acontecimientos el ritmo creciente del desarrollo de las tecnologías de la información, lo cual ha producido un drástico cambio de paradigma científico y social, impactando sobre el orden regulador de las conductas, el Derecho e imponiendo nuevas reflexiones de las legislaciones y los dogmas vigentes.

A. En efecto, la revolución informática nos hace plantearnos en primer lugar, si el derecho clásico da respuestas adecuadas y coherentes a esta nueva realidad, - las cuales fueron creadas para un mundo material -, o si es mejor solución sancionar un sistema especial para el entorno digital.

Consideramos, que las particularidades de la contratación electrónica no ameritan una normativa específica del punto de vista sustantivo, pues el contrato electrónico no pone en cuestión las estructuras básicas de la teoría del contrato. La formación de este contrato consensual – basta el mero acuerdo de voluntades – no difiere de la formación de los contratos en general, pues requiere de una oferta y una aceptación, que serán manifestaciones de voluntad expresadas por medios digitales.

De la redacción del artículo 1265 del Código Civil se desprende que el ámbito de aplicación de mismo alcanza a la totalidad de los contratos celebrados entre partes ausentes. Teniendo en cuenta que cuando hablamos de ausencia o presencia, se hace referencia a la presencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico y no a la presencia del medio del cual se sirvieron para comunicarse, dicho artículo es el que corresponde aplicar para regular los contratos electrónicos.¹³¹

Sin embargo, el derecho clásico se mostró insuficiente para dar soluciones a muchos de los problemas prácticos que genera este medio de contratación, como el control de las operaciones de comercio electrónico desde el punto de vista fiscal, la protección de los consumidores, la distribución de los riesgos, la publicidad en la red, la seguridad de las transacciones y medios de pago electrónico, la protección de la intimidad y los datos personales, entre otros.

¹³⁰ Gustavo Ordoqui “Derecho del Consumo...” pag. 112 y sgtes.

¹³¹ Conforme lo ya señalado por Gabriel H. Fernández “Algunas reflexiones...” pag. 55.

En lo que refiere a la protección del consumidor, nuestro derecho positivo tuvo una respuesta concreta, con la sanción de la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

B. En segundo lugar, la problemática que asimismo concita nuestra atención, se circunscribe a el papel que juega la ya mencionada ley 17.250 – con el nuevo posicionamiento del consumidor -, y en que medida su regulación alcanza también a los contratos electrónicos

La ratio de dicha norma apunta a la protección del consumidor como parte débil en el marco de una relación jurídica: la relación de consumo. A tales efectos se limita la autonomía de las partes, se otorga carácter de orden público a dicha ley- de ahí que los derechos que tiene el consumidor son irrenunciables -, y se establecen principios e institutos especiales, y excepciones a las normas de derecho común, - como es el caso del derecho de revocación que tiene el consumidor una vez perfeccionado el contrato -, en aras de garantizar efectivamente dicha protección.

En la medida que un contrato electrónico se realice entre empresarios y consumidores (B2C), configurándose así una relación de consumo, es alcanzada por el ámbito de aplicación de la ley 17.250.

Ahora bien dicha normativa, ¿armoniza con el sistema vigente?, ¿se plantean contradicciones?, ¿da respuestas adecuadas a la contratación electrónica?

La ley de Relaciones de Consumo constituye un “microsistema” dentro del sistema de Derecho Civil, que no se pretendía eliminar de las relaciones de consumo, ya que como lo establece el artículo 1, las normas del Código Civil son de aplicación subsidiaria. En efecto, la normativa sancionada no constituye un nuevo sistema jurídico, sino una excepción, que por razones coyunturales, el legislador interviene a efectos de limitar la autonomía privada, por lo que su interpretación es de carácter estricto. Asimismo, se rechaza la posición que considera, que la nueva ley no es sino una expresión de soluciones que ya venían impuestas por el ordenamiento jurídico antes de su existencia.

Es así, que podría decirse que la ley 17.250 armoniza con el sistema vigente, en la medida que su interpretación se limite a los supuestos previstos por las normas y no sea objeto de extensiones analógicas, violentando así importantes principios constitucionales como el de la igualdad.

Ciertamente, que la sanción de la ley que nos ocupa constituye un gran adelanto para nuestro orden jurídico, ya que, más allá de ciertas imperfecciones, regula en forma integral, coordinada, eficaz y uniforme la posición y actuación del consumidor en el mercado.

Si bien no trata en forma específica a los contratos electrónicos, con excepción del artículo 16, la temática regulada responde a problemas concretos que planteaba la contratación electrónica. A vía de ejemplo podemos referirnos a dos puntos concretos.

a. Normas que regulan los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

En efecto, respondiendo a la tendencia contemporánea de la contratación masiva, los contratos electrónicos, y más específicamente, dentro de los mismos, los que se realizan entre proveedores y consumidores son prácticamente siempre de adhesión (*clickwrap agreements*). Dichos contratos de adhesión, se prestan para ser un amplio campo para el desarrollo de cláusulas abusivas de todo tipo, la mayoría no muy diferentes de las que existen en el resto de la economía de los contratos de consumo, y algunas caracterizadas por la tecnología aplicable. De lo expuesto se desprende la trascendencia de la sanción de dichas normas.

b. Oferta.

En lo que hace específicamente a la regulación de la oferta, se introducen principios trascendentales como: a. la estipulación que la oferta puede estar dirigida tanto a sujetos determinados como indeterminados, b. el carácter vinculante de la misma.

Asimismo, se destaca la trascendencia que adquiere la información, como elemento que permite al consumidor tomar un consentimiento informado, acortando de esta forma las distancias cognoscitivas, técnicas y económicas entre el empresario y el consumidor. Esta preocupación del legislador se ve reflejada también en el ámbito de la publicidad, al igual que toda la información que difunda el oferente, previéndose en forma expresa el carácter vinculante de la misma.

Sin embargo, no debe perderse de vista, que la información como instrumento de poder, también debe regularse minuciosamente su circulación, principalmente a lo que hace a los temas relacionados con la privacidad, la protección de datos personales o la intimidad.

En efecto, con la expansión de los medios telemáticos y la protección de los consumidores, se constatan dos procesos paralelos y opuestos: por un lado el énfasis y la nueva trascendencia que adquiere el deber de información, el cual es minuciosamente regulado, y por otro lado, se hace patente la vulnerabilidad del

consumidor y los usuarios de Internet en lo que refiere al manejo de información personal o privado, que puede dar lugar a abusos por parte de los proveedores, por lo que se restringe la divulgación de dicha información.

Un ejemplo de esto último la modalidad de publicidad del spamming, que ha generado recientemente una reacción por parte de varias legislaciones a nivel de derecho comparado a los efectos de regularlo o prohibirlo.

El avance de la informática ha desencadenado la proliferación de los bancos de datos, los cuales van siendo armados cuidadosamente con todos los datos personales de los usuarios (identidad, domicilio, teléfono, actividad, composición de la familia, modalidad de compra, etc), a efectos de dirigir personalmente las ofertas. El poder de quienes disponen de estos datos es inmenso y entran en claro conflicto con los derechos a la intimidad y privacidad.¹³²

C. Quedan sin embargo pendientes problemas prácticos por resolver, que ciertamente están intrínsecamente relacionados con los efectos de la globalidad o transfronterización de la circulación de bienes y servicios a que da lugar el comercio electrónico. Puede citarse como ejemplo: a. el área de percepción de tributos¹³³, b. jurisdicción competente y ley aplicable, c. forma de hacer valer los derechos en caso de infracción.

Otro aspecto fundamental para el desarrollo del comercio electrónico, es el de la seguridad, que no solo depende de características técnicas, sino también de otros factores como la confianza que se genere en los usuarios. Se impone así crear mecanismos a efectos de asegurar la inalterabilidad de los datos transmitidos, y en los sistemas de pago. Sin embargo, en la medida que avanza el desarrollo de tecnologías disminuyen los riesgos de fraude.

D. Como reflexión final, nos gustaría destacar que sin restar trascendencia a la ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, cuya sanción ciertamente se hacía imperante, a efectos de proteger al consumidor como sujeto débil en el marco de la relación de consumo, creemos que la red también debe generar un cierto incremento del nivel de responsabilidad y autotutela de los consumidores.

En efecto, en gran medida, son estos consumidores los que deberán aprender a discriminar la información que merece su confianza y la que no. Como lo señala Anxo Tato Plaza¹³⁴ *“Si Internet equivale a la aldea global, es evidente que las autoridades deberá velar por la seguridad de la aldea: pero los consumidores deberán iniciar también un proceso de aprendizaje que les permita distinguir que calles de la aldea son seguras y cuales son, por el contrario peligrosas. Quizás entonces podríamos hablar de un internauta medio razonable atento y perspicaz”*.

¹³² A efectos de amparar estos derechos básicos a la intimidad y privacidad, en el derecho comparado ha surgido el instituto del Habeas Data que Antonio Pérez Luño, citado por Héctor Delpiano en “Derechos fundamentales y Habeas Data en el Uruguay” Anuario de Derecho Administrativo N° IX pag. 17. lo define como *“un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera de la informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió el Habeas Hábeas respecto de la libertad física o de los movimientos de la persona”* Como lo señala Delpiano (Derechos fundamentales...” pag. 18 y sgtes), si bien en Uruguay no se encuentra establecido a texto expreso dicho instituto, a partir de la protección de los derechos fundamentales dado por el reconocimiento de los Principios Generales de Derecho (artículo 7, 72, 332 de la Constitución), nuestro sistema jurídico provee medios indirectos y aún directos para el ejercicio de la protección de la información de carácter personal.

¹³³ Como lo señala Beatriz Bugallo “Internet, comercio electrónico...”, pag. 71, en el medio virtual resulta complicado controlar el volumen de operaciones y el desplazamiento de mercaderías, generalmente constituidas por bienes intangibles que en pocos segundos pasa de su titular al adquirente.

¹³⁴ Anxo Tato Plaza “Autorregulación publicitaria y Códigos de Conducta” pag. 259 y 260.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal, "Contratos civiles-comerciales-de consumo" Teoría General. Buenos Aires.
- BALLESTEROS GARRIDO, "Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad", Bosch, Barcelona, 1999.
- BLENGIO, Juan, "Ambito subjetivo de aplicación de la Ley de Relaciones de Consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica" ADCU N° XXX.
- BLENGIO, Juan, "¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual" ADCU N° XXXI.
- BOTANA GARCIA, Gema, "Noción de consumidor". España.
- BUGALLO, Beatriz, "Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual".
- CAFFERA, Gerardo, "El deber precontractual de informar del proveedor en la ley de relaciones de consumo" ADCU N° XXX.
- CAFFERA, Gerardo, "El contrato electrónico: el proceso de formación del consentimiento" ADCU N° XXXI.
- CARNELLI, Santiago – SARLO, Oscar, "El principio de igualdad y la contratación del Código Civil" ADCU N° XXXI.
- CARRION, Hugo Daniel, "Contratos Informáticos", www.delitosinformaticos.com, fecha 26/1/03.
- CAUMONT, Arturo - STIPANICIC Emma, "La Teoría General del Negocio Jurídico como sustento del contrato en el tercer milenio" en Estudios en Homenaje al Prof. Jorge Gamarra. FCU 2001.
- CAUMONT, Arturo, "El correo electrónico y su aptitud probatoria civil" ADCU XXIX
- DELPIANO, Héctor, "Derechos fundamentales y Habeas Data en el Uruguay" Anuario de Derecho Administrativo N° IX
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Angel, "Comercio electrónico en Internet". Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- FERNANDEZ, Gabriel H., "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento". Rev. AEU, vol. 81 n° 1-6 (enero-junio 1995).
- GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil Tomo XI.
- GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil Tomo XIV.
- GHERSI, Carlos Alberto "El contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo" Estudios en Homenaje al Prof. Jorge Gamarra. FCU 2001.
- GOMEZ SEGADE, José Antonio, "Comercio electrónico en Internet", Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- JAPAZE, María Belén: "La información y la publicidad como técnicas de protección de los intereses económicos del consumidor" Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra, Montevideo, FCU 2001.
- LORENZETTI, Ricardo, "Comercio electrónico".
- MARIÑO LOPEZ, Andrés: "El control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de Relaciones de Consumo" ADCU N° XXXI.
- MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo, "Curso de Derecho Comercial" Tomo III Contratos Comerciales FCU.
- MOSSET ITURRASE, Jorge, "Defensa del consumidor Ley 24.240", Rubinzal – Culzoni, Editores, Bs. As.
- OLIVERA GARICA, Ricardo, "El concepto de consumidor en la Ley de Relaciones de Consumo". Tribuna del Abogado N° 119, octubre/diciembre 2000.
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Derecho de Consumo – Ley 17.250" Ediciones del Foro. Montevideo, 2000.
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge, "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos". ADCU N° XXIX.
- SARRA, Andrea Viviana, "Comercio electrónico y derecho: aspectos jurídicos de los negocios en Internet" Bs. As. Astrea 2000.
- SZAFIR, Dora, "Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189" FCU julio 2000.
- TATO PLAZA, Anxo, "Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet" en "Comercio electrónico en Internet". Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- VENTURINI, Beatriz, "La Publicidad en la ley de defensa de las Relaciones de Consumo, N° 17.250 ADCU N° XXX.
- WONSIK DE HASKEL, María, "Relaciones de Consumo" Ponencia: El concepto de consumidor e la ley 17.250 que regula las relaciones de consumo. IV Jornadas uruguayas de derecho privado.