

Forma y prueba de los contratos electrónicos

Paula Balbi

Introducción [\[arriba\]](#)

En la actualidad nos encontramos frente a una realidad que propone la utilización de medios informáticos en ámbitos cada vez más variados. Es que, sin lugar a dudas, su utilización conlleva un sinnúmero de ventajas, entre que las que se puede incluir a modo enunciativo su simplicidad y automatización, la reducción en materia de tiempo y en menor costo de las operaciones.

Dada su enorme conveniencia, se aprecia una tendencia creciente a la digitalización de los procesos y documentos, tanto en el sector privado como en el sector público.

A modo de ejemplo puede mencionarse el reciente Decreto N° 561/2016 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional implementó el sistema de Gestión Documental Electrónica para el Sistema Público Nacional. A su vez, mediante el Decreto N° 261/2011 se otorga validez a la firma digitalizada (esto es, firma mediante la utilización de un signpad) colocada en el pasaporte.

Asimismo, la Ley N° 26.685 autoriza la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

En lo que respecta a las actividades reguladas por el Banco Central de la República Argentina, se emitieron las Comunicaciones A 5535/2014 y 6112/2016 en las cuales se indica que “Las entidades financieras pueden conservar, en sustitución de los originales en papel -en la medida en que no se opongan a ello disposiciones legales- fotografías, microfilmaciones o reproducciones digitalizadas de los comprobantes vinculados a su operatoria”.

No escapa de este nuevo paradigma la incorporación de elementos informáticos a los contratos. Sin embargo, a consecuencia de su novedad, aparecen numerosos interrogantes cuya respuesta continúa en desarrollo. Entre ellos, constituye un punto importante la manera de acreditar el consentimiento de las partes, atento la falta de firma manuscrita, elemento esencial en materia de forma y prueba de los contratos tradicionales.

Contrato electrónico [\[arriba\]](#)

Entre los avances tecnológicos antes nombrados, podemos distinguir a los denominados contratos electrónicos, modalidad contractual de características propias que requiere, dadas sus características, atención especial en sus elementos, en especial en la formación del consentimiento.

Los contratos electrónicos son aquellos acuerdos de voluntad cuya celebración se perfecciona sin la presencia física de las partes contratantes y a través del uso de medios electrónicos. En este caso el elemento electrónico tiene una influencia

decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación de un acuerdo[1].

La falta de presencia física brinda a este tipo de contratos características propias de los contratos a distancia o entre ausentes, en los cuales existe distancia geográfica entre las partes contratantes y el transcurso de un tiempo jurídicamente relevante entre la oferta y la aceptación[2].

Sin embargo, cabe puntualizar que la existencia del tiempo jurídicamente relevante puede darse o no en los contratos electrónicos, lo cual dependerá de la manera en que las partes manifiesten su voluntad.

La principal dificultad que surge como contrapartida a la practicidad de estos contratos, es la forma en la que deben otorgarse y la manera de probar su validez, a los fines de que no existan dudas respecto a la manifestación de voluntad de las partes.

Este punto es de vital importancia, dado que una de las principales causas que motiva a las partes a volcar su voluntad en un documento es, en efecto, la seguridad jurídica que dicho documento otorga, la existencia de disposiciones claras que regulen su relación contractual, y la posibilidad de reclamar a su contraparte los perjuicios ocasionados en caso de incumplimiento.

Forma de instrumentar los actos jurídicos [\[arriba\]](#)

En cuanto a la forma en la que deben otorgarse los contratos electrónicos, en primer lugar se debe puntualizar que el Código Civil y Comercial establece como regla general la libertad de formas, en tanto la ley no establezca una formalidad determinada[3]. De este modo, el acto “puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”[4].

Por otro lado, el Código distingue los instrumentos particulares no firmados (los cuales pueden constar en cualquier soporte, incluido el soporte digital), de los instrumentos privados, los cuales si bien pueden constar en cualquier soporte deben estar firmados.

En concordancia con lo expuesto, la Ley de Firma Digital establece que “un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”[5]. En este sentido, el artículo 1106 del Código Civil y Comercial contempla la utilización de medios electrónicos en materia de contratos de consumo, indicando que “siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario se encuentra contenido en un soporte electrónico u otra tecnología similar”.

A partir del análisis de estas normas se puede concluir que es de total validez el soporte digital para instrumentos particulares no firmados. Sin embargo, en el caso de los instrumentos privados debe cumplirse con el requisito de la firma, siendo tal aquella que “pruebe la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde”.

En el sistema argentino, “en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”[6].

Respecto a este punto, se distinguen tres tipos de firma:

(i) Firma Manuscrita, la cual se encuentra definida en el Código Civil y Comercial como aquella que consiste en “el nombre del firmante o en un signo”[7]. Este artículo no detalla si la firma debe realizarse sobre un papel o si se considera firma a la realizada en un panel de firma o signpad. Sin embargo, en el segundo párrafo del artículo se hace referencia a que en los documentos generados por medios electrónicos el requisito de firma solamente se encuentra satisfecho mediante la firma digital.

Podrían darse dos interpretaciones al respecto: la firma siempre que consista en el nombre del firmante o en un signo puede realizarse tanto en papel como en un signpad; o la firma a la que hace referencia el primer párrafo del artículo 288 del CCC es en papel y en cambio, el segundo párrafo se referiría a documentos electrónicos y, en tal caso, la firma solamente se encontraría cumplida cuando exista firma digital.

Dada la novedad del tema, no existe un criterio uniforme, siendo tarea jurisprudencial encontrar la solución más acorde a derecho.

(ii) Firma Digital, entendida tal como el “resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”[8]. Conforme surge de la Ley de Firma Digital, la firma digital cuenta con la misma validez jurídica que la firma manuscrita[9]; presunción de autoría, pues -salvo prueba en contrario- se presume que pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma[10]; y presunción de integridad, toda vez que se presume que el documento digital que lleve inserto una firma digital no ha sido modificado desde la inclusión de la firma digital[11].

En este sentido, si bien el concepto de documento firmado digitalmente equivale funcionalmente al de un documento con firma manuscrita, en rigor, la Ley de Firma Digital le otorga una categoría intermedia entre instrumentos públicos e instrumentos privados, pues al existir una inversión en la carga probatoria que surge de las presunciones legales de autoría e integridad, el documento firmado digitalmente acaba por asimilarse más a un instrumento público que a uno privado[12].

Para ser considerada tal, la firma digital debe surgir de un certificado digital emitido por un certificador licenciado, y a su vez, el certificado debe estar vigente[13].

El certificado digital es el “documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular”, mientras que un certificador licenciado es aquella persona física o jurídica que ha recibido del ente licenciante una licencia al efecto[14].

La Autoridad Certificante Raíz de la República Argentina actúa como entidad certificante, es decir, como entidad que autoriza a las demás entidades (públicas o privadas) para emitir certificados digitales válidos dentro de un determinado ámbito[15]. Ejemplos de ellas son AFIP y ANSES.

(iii) Firma electrónica, definida como “el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de los requisitos legales para ser considerada firma digital”[16]. Si bien en la práctica es similar a la firma digital (ya que ambas implican la encriptación de información que identifica al firmante), la firma electrónica no requiere de la emisión de un certificado digital por un certificador licenciado, lo cual trae aparejada la falta de presunción respecto de la autoría del documento y la integridad del mismo. Es por esto que, conforme fue mencionado ut supra, de acuerdo con lo regulado por el Código Civil y Comercial la firma electrónica no satisface el requisito de la firma manuscrita para los documentos privados.

Esto deja en una situación de incertidumbre a los contratos en los que la voluntad no se manifiesta a través de la firma digital, en los cuales, por más que exista la manifestación de voluntad, puede ocurrir que el documento sea desconocido por las partes, y cuya integridad y autoría deberá acreditarse por otros medios.

Prueba de los contratos instrumentados en forma digital [\[arriba\]](#)

El Código Civil y Comercial establece como principio general en materia de contratos que los mismos “pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”[17].

Por otro lado, se considera principio de prueba instrumental “cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato”[18].

En el caso de los instrumentos privados, existe libertad para probar la firma, cuyo reconocimiento importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado[19]. Sin embargo, conforme fue mencionado en el punto anterior, para los instrumentos privados en soporte electrónico la firma digital cobra vital importancia, ya que, a diferencia de lo que ocurre con la firma manuscrita, se reconoce su autoría e integridad. Por lo tanto, es carga de la contraparte probar su falta de validez.

Con respecto a los instrumentos particulares no firmados, y para el caso de contratos electrónicos, aquellos que no cuentan con firma digital, el Código Civil y Comercial establece que su valor probatorio debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, (i) la congruencia entre lo sucedido y narrado, (ii) la precisión y claridad técnica del texto, (iii) los usos y prácticas del tráfico, (iv) las relaciones precedentes y (v) la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen[20].

En este sentido, el documento firmado a través de la firma electrónica, sumado a los demás elementos que hacen a la contratación tales como, conducta de las partes, entrega de la documentación para el procedimiento de identificación, o el

cumplimiento del contrato, permitirían probar la existencia de la relación contractual, aunque no permitiría probar ni la autoría ni la integridad del documento firmado.

En materia jurisprudencial, si bien existen antecedentes que no consideraron prueba eficaz a las copias de correos electrónicos bajo el argumento de que los mismos no cumplen los requisitos establecidos por la Ley N° 25.506[21], este criterio se ha flexibilizado.

Con un criterio más integral en materia probatoria se los ha incluido, y se ha resuelto que “el tribunal deberá ponderarlo en función de las reglas de la sana crítica racional, teniendo en cuenta si aquel ha sido reconocido o no por la parte contra quien se lo pretende hacer valer; en su caso, si se ha efectuado una pericia informática tendiente a demostrar su autenticidad e inalterabilidad determinándose la fecha de envío, remitente, destinatario, archivos adjuntos, etcétera”[22], y que “no existe impedimento para que, en ciertos casos, igualmente pueda ponderárselo como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo con las restantes pruebas del proceso y la sana crítica”[23], y se los ha considerado principio de prueba por escrito[24].

El caso de los contratos click-wrap [\[arriba\]](#)

En materia de prueba de los contratos electrónicos, resulta importante tomar en cuenta la modalidad más usual al momento de manifestar la voluntad, la cual está dada por los contratos click-wrap.

Los mismos son aquellos en los cuales la aceptación se manifiesta a través de un click en una leyenda o símbolo que se encuentra normalmente al final del documento electrónico, y que indica que el contratante está de acuerdo con los términos anteriores.

Estos contratos son puramente de adhesión: las cláusulas se encuentran dadas por un predisponente, y su contraparte solo tiene la opción de aceptar o rechazar sus términos, sin participar en su redacción[25].

Por otro lado, en su mayoría son contratos de consumo[26], y por sus características pueden traer aparejados abusos que merecen como contrapartida la protección del derecho del consumidor.

La jurisprudencia de los Estados Unidos fue la primera en reconocer la validez de contratos celebrados mediante click-wrap, y ha fijado como pautas que:

- El contrato sólo produce sus efectos si quien clikea su aceptación ha tenido la oportunidad de examinar en la pantalla los términos contractuales y, pudiendo haberse rehusado a admitirlos, los ha aceptado mediante ese procedimiento (Compuserve Inc. v. Patterson, Richard S., Court Appeal 6th Circ., 22/07/1996);
- En cambio, no hay contrato formado cuando sólo se ha dado acceso en pantalla a ciertos aspectos generales del contrato, sin aclararse que al clikear el botón “Aceptar” se admitían además otras condiciones; y menos aún cuando sólo se ha puesto en pantalla la leyenda “el uso significa aceptación de las condiciones del servicio”, sin que el navegante haya tenido oportunidad de examinarlas previamente (Ticketmaster Co. et al v. Tickets Com. Inc., Trib. Fed. California, 27/03/2000)[27].

En relación a la validez de estos contratos, la jurisprudencia estadounidense ha admitido su eficacia jurídica, al entender que al aceptar a través de la pantalla se manifiesta el consentimiento. En igual sentido, la Unión Europea también ha consagrado la obligación de sus estados miembros de garantizar la validez jurídica de los contratos por vía electrónica[28].

En nuestro país, se ha resuelto jurisprudencialmente que en estos contratos la aceptación queda sujeta a la posibilidad de verificar -previamente- por parte del adquirente las condiciones generales de contratación. Es decir, para respaldar su legitimidad, cobra importancia la utilización de la modalidad de presentarlas de modo inevitable o forzoso para el usuario a fin de acreditar que las tuvo que leer antes de contratar, lo cual sirve de prueba documental de la aceptación de la oferta en el caso de que el cliente niegue haber visto las condiciones a las que quedaba sometido[29].

En la dinámica contractual por medios electrónicos se estila mostrar el texto del contrato sin dar al usuario la opción de aceptar mediante un click, o bien dejar marcada por defecto la opción que implica la aceptación de los términos del contrato, sin requerir acción alguna del usuario más que un click. Estas prácticas resultan cuestionables, porque no basta para el perfeccionamiento del contrato la mera disponibilidad del texto legal al que adherir, sino una acción positiva del usuario. Por otro lado, la falta de requerimiento de alguna acción por parte del usuario automatiza la expresión de la voluntad.

En este sentido, resulta correcto que la opción a aceptar aparezca al final del texto, que requiera que el usuario baje hasta el final del documento, y que no aparezca marcada, o que, en todo caso, aparezca marcada la opción de no aceptar, de modo que requiera una acción positiva del usuario que permita probar su voluntad[30].

En estos contratos cobra importancia a nivel probatorio el principio de prueba instrumental dado por el artículo 1020 del Código Civil y Comercial. No obstante, doctrinariamente se ha afirmado que en estos casos la carga probatoria corresponde al predisponente, quién deberá probar no solo la existencia y contenido de dichas condiciones generales, sino también la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos.

Asimismo, en cuanto a la prueba de la efectiva aceptación de dichas condiciones, existe la posibilidad de que una tercera parte archive las declaraciones de voluntad de los contratos electrónicos, consignando la fecha y la hora de éstas, si bien también acredita la aceptación la recepción del producto en el domicilio o dirección de correo electrónico que se haya designado, o bien a través de la descarga en el ordenador del comprador. A lo anterior, uniríamos la información que aportan los sistemas de pago utilizados, ya que, si, por ejemplo, el precio del producto o servicio se pagara con una tarjeta de crédito, tendríamos un elemento más a tener en cuenta en caso que fuera necesario acreditar el consentimiento[31].

En conclusión, la falta de forma existente en este tipo de contratos viene suplida por la existencia de otros medios probatorios. Sin embargo, los mismos no brindan al contrato la misma protección que a uno en soporte físico con firma manuscrita.

En este sentido aparece normalmente una disyuntiva entre, por un lado, la conveniencia en cuanto a velocidad y costos de contratar por medios electrónicos, y por el otro, la escasa validez del contrato en sí mismo, la cual deberá ser probada

a través de otros medios que, en virtud de una anterior ponderación judicial, aseguren su validez.

Conclusiones Finales [\[arriba\]](#)

Nos encontramos en un momento en el cual aparecen modos de contratación cada vez más disruptivos en relación a la forma convencional en la que los mismos se perfeccionaban hasta no hace mucho tiempo.

La tendencia hacia la digitalización, como vimos, es de vital importancia en materia contractual y nos lleva hacia una nueva realidad de infinitas posibilidades, conectando oferentes y aceptantes que, de otro modo, no habrían podido aprovechar las ventajas económicas ofrecidas por su contraparte.

Considero que es momento de que el derecho argentino forme parte de esta nueva realidad, otorgando mayor simplicidad a la forma de celebrar acuerdos bajo esta modalidad y a la posibilidad de acreditar estos contratos, en un avance beneficioso para todos los operadores de internet.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley de Firma Digital N° 25.506.
- Resolución 37-E/2016 del Ministerio de Modernización de la República Argentina.

Artículos y documentos

- Anzit Guerrero, Ramiro; Tato, Nicolás; Profumo, Santiago, “El derecho informático. Aspectos Fundamentales”, Ed. Cátedra Jurídica, 2010.
- Grover Dorado, John (h), “Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino”, Ed. El Derecho, 270-641 Jorge W. PEYRANO, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley 1991-B 1034.
- Novelli, Mariano H. “El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado” *Cognitio Juris*, João Pessoa, Año III, Número 8, 2013.

Jurisprudencia

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 16/02/2007, “Henry Hirschen y Cía S.A. c. Easy Argentina S.R.L.”, DJ2007-II, 1315 cita online: AR/JUR/904/20.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala Primera, 22/05/2014, “Pisanu, Juan Mauro c. Carteluz S.R.L. s/ordinario. Otros”, MJJ86592.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 7/11/2007, “Skillmedia S.R.L. c. Estudio ML S.A. s/ordinario”, MJ 108080.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 29/08/2013, “A., C. D. c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A: s/ordinario”, Rubinzal online, Cita RC J 18089/13.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 26/09/2006, “Gómez, Fabián A. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario”, El Dial, 26/12/2006.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 2/03/2010, “Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A. s/ordinario”, LA LEY 2010-C, 542; LA LEY DJ 25/08/2010, 2283; cita online: AR/JUR/12833/2010.

- Cámara en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “AOL Argentina S.R.L c. GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, voto del Dr. Esteban Centanaro, 29/12/2005.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Anzit Guerrero, Ramiro; Tato, Nicolás; Profumo, Santiago, “El derecho informático. Aspectos Fundamentales”, Ed. Cátedra Jurídica, 2010, pág. 19.

[2] Grover Dorado, John (h), “Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino”, Ed. El Derecho, pág. 270-641.

[3] Cfr. Art.284 CCCN.

[4] Cfr. Art.286 CCCN.

[5] Cfr. Art 6, Ley N° 25.506.

[6] Cfr. Art.288 CCCN.

[7] Cfr. Art.288 CCCN.

[8] Cfr. Art. 2, Ley N° 25.506.

[9] Cfr. Art. 2 y 3, Ley N° 25.506.

[10] Cfr. Art. 7, Ley N° 25.506.

[11] Cfr. Art. 8, Ley N° 25.506.

[12] Grover Dorado, John (h), “Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino”, Ed. El Derecho, pág. 270-641.

[13] Cfr. Art. 9, Ley N° 25.506.

[14] Cfr. Art. 13, Ley N° 25.506.

[15] Cfr. Art. 5, Resolución 37-E/2016 del Ministerio de Modernización de la República Argentina.

[16] Cfr. Art. 5, Ley N° 25.506.

[17] Cfr. Art.1019 CCCN.

[18] Cfr. Art.1020 CCCN.

[19] Cfr. Art.314 CCCN.

[20] Cfr. Art.319 CCCN.

[21] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 16/02/2007, “Henry Hirschen y Cía S.A. c. Easy Argentina S.R.L.”, DJ2007-II, 1315 cita online: AR/JUR/904/20.

[22] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala Primera, 22/05/2014, “Pisanu, Juan Mauro c. Carteluz S.R.L. s/ordinario. Otros”, MJJ86592.

[23] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 7/11/2007,

“Skillmedia S.R.L. c. Estudio ML S.A. s/ordinario”, MJ 108080; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 29/08/2013, “A., C. D. c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A: s/ordinario”, Rubinzal online, Cita RC J 18089/13; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 26/09/2006, “Gómez, Fabián A. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario”, El Dial, 26/12/2006.

[24] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 2/03/2010, “Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A. s/ordinario”, LA LEY 2010-C, 542; LA LEY DJ 25/08/2010, 2283; cita online: AR/JUR/12833/2010.

[25] Cfr. Art. 984 CCCN.

[26] Cfr. Art. 1093 CCCN y Art. 1, Ley N° 24.240.

[27] Novelli, Mariano H., “El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado” *Cognitio Juris*, João Pessoa, Año III, Número 8, 2013, pág. 11.

[28] Grover Dorado, John (h), “Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino”, Ed. *El Derecho*, pág. 270-641.

[29] Cámara en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “AOL Argentina S.R.L c. GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, voto del Dr. Esteban Centanaro, 29/12/2005.

[30] Grover Dorado, John (h), “Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino”, Ed. *El Derecho*, pág. 270-641.

[31] Grover Dorado, John (h), “Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino”, Ed. *El Derecho*, pág. 270-641.