

“INCIDENCIA ECONÓMICA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”**Alberto J. MARTINEZ SIMON****1. Introducción.**

Hay datos sobre la incidencia de la *contratación electrónica* en la economía local, regional y mundial que realmente convencen al más escéptico sobre la enorme relevancia de esta nueva modalidad de formalizar acuerdos.

El incremento sostenido del número de transacciones *vía electrónica* no debería sorprender pues en un mundo globalizado, donde lo que a nadie sobra es tiempo y donde la distancia es muchas veces un obstáculo, dada la dificultad de movilizarse incluso dentro mismo de las ciudades que impiden la traslación debido al colapso del tránsito; por ende, la forma de contratar *a distancia* es una opción válida para superar todos estos inconvenientes. De hecho, dadas todas estas características previamente señaladas –o mejor, de estos inconvenientes aludidos- de la vida de hoy, podría pensarse en la imposición a corto tiempo –o por lo menos, en la generalización- de la modalidad *tele*¹ de la mayoría de las actividades del ser humano, entre ellas el *teletrabajo*, los *telecontratos* y los *telenegocios*.

A ello, debemos sumar las ventajas financieras que implica esta forma de negociar que se traduce en una notable reducción de costos operativos ya que desde la promoción –o *marketing*- del producto o servicio que se ven sensiblemente disminuidos pasando por la disminución de los costos de intermediación o distribución que se realizan evitando gastos innecesarios, el comerciante puede obtener ahorros importantes en su operativa, debiendo tenerse en cuenta que esta forma de operar posibilita también obtener otras ventajas en el manejo de la empresa ya que le permite al mismo comerciante *abrir su negocio* a la clientela –dicho en forma metafórica- durante las veinticuatro horas del día, ya que la negociación pasará por *internet* y éste está disponible al inmenso público durante todas las horas del día, teniendo a su disposición un universo muchísimo mayor de potenciales clientes, ya que esto se amplía –en la medida en que sea factible la distribución de lo vendido- a prácticamente todo el mundo².

Pero esta nueva tecnología que hoy aplicamos a los negocios no solo ha transformado sensiblemente la manera de realizarlos, sino que nos ha llevado a la necesidad de volver a plantear cuestiones aún mucho más profundas como la misma organización social, la forma de decidir en democracia, ha puesto en entredicho los conceptos de vida privada o *privacidad*, de libertad cívica y ciudadana y, cómo no habrían de incidir en la manera de hacer negocios y de contratar.

La posibilidad de realizar estos *telenegocios* a través de internet ha transformado sustancialmente la manera de cerrar tratos y ha cambiado –también sensiblemente- los modelos y paradigmas de la negociación, de la comunicación y hasta del mismo *marketing* de las empresas inmersas en el ámbito de la contratación masiva.

La idea de realizar este breve trabajo es exponer algunos datos sobre la incidencia económica actual de los *telecontratos* y de los *telenegocios* dentro del marco de la legislación que rige la

1 Prefijo de origen griego que se antepone a palabras del idioma castellano para indicar la idea de algo que se encuentra “lejos” o “a distancia”.

2 “El comercio en internet presenta numerosos aspectos propios de la organización de un mercado: la disminución de los costos y la organización de una estructura que facilite tanto la búsqueda de productos como la de consumidores; la seguridad en las transacciones sobre todo en los medios de pago y el aseguramiento de la entrega de los productos”. RIOS AVALOS, Bonifacio. Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos. Intercontinental Editora. 13ª. Ed., año 2014, p. 283.

materia, y hacer una proyección de los mismos –en la que probablemente, y ojalá así sea- nos quedemos exiguos.

2. Los contratos y su evolución.

Si bien este trabajo se enfoca al *contrato electrónico*, considero que no podemos abocarnos a ese tema, sin hacer una breve referencia al instituto jurídico del contrato y una aún más corta alusión, a su línea de evolución a lo largo de la vida social.

El contrato existe desde la conformación del primer grupo humano. El hombre, incapaz de satisfacer sus propias necesidades solo, pronto entendió que debía entablar relaciones con otros, para obtener de ellos aquello que no tenía y que necesitaba.

Así, durante mucho tiempo y hasta antes de la *invención del dinero*, las transacciones se basaban esencialmente en el *trueque* –lo que denominaríamos *permuta*, jurídicamente hablando³- es decir, en el cambio de un objeto por otro o por un servicio, excluyéndose el dinero como instrumento de cambio.

Esta situación entorpecía y mucho el comercio pues supeditaba el intercambio de objetos o de servicios al interés recíproco de las partes del acuerdo en cuestión. Bastaba entonces que una de las *personas* –porque no podemos llamarla *parte* al no formalizar el contrato- que se aprontaban a hacer el *trueque* no tuviera interés en la *cosa* o el *servicio* ofrecido por la otra, para que el negocio se frustrara. De ahí, la gravitante importancia del *dinero*, aquella *mercadería* que era apetecida por todos y que hacía desaparecer la eventual dispersión del interés de alguno de los sujetos, ya que –reitero- todas las personas se encontraban interesadas en la obtención del *dinero*, pues éste pasaba a constituirse en el elemento común para la adquisición de bienes y servicios, no supeditándose el negocio al mentado interés recíproco.

Sobre estas bases rústicas surge, o mejor, se desarrolla la etapa embrionaria de los contratos en las sociedades rudimentarias del inicio de la historia del hombre. Y, en estas mismas condiciones, surgen los contratos.

En un primer momento, obviamente, estos contratos eran una cuestión acordada *tête à tête*, ya que la misma situación de las comunidades de los albores hacía que el comercio sea siempre una cuestión local, formalizada personalmente, protagonizada por individuos que tenían en todos los casos relaciones de vecindad o una proximidad física muy evidente.

Esta situación se mantiene, prácticamente inalterable, prácticamente igual, durante –literalmente centurias- hasta bien entrado el siglo XIX ya que el desarrollo tecnológico hacía que la forma de trasladarse de un lugar a otro o de comunicarse haya variado sustancialmente muy poco, impidiendo la modificación radical de la forma de negociar. Cambia sí esencialmente la manera de comunicarse y por ende, de contratar, con el advenimiento de grandes disparadores tecnológicos: el advenimiento de la navegación aérea, en primer término y la aparición de la tecnología digital, en un segundo momento⁴. Son estos dos disparadores –es cierto, separados cronológicamente por

3 Art.799 C.C. Por el contrato de permuta las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas u otro derecho patrimonial.

4 No me refiero en esto al desarrollo de los procesadores solamente, sino esencialmente a la expansión de los microchips, que permitieron la reducción del tamaño de las computadoras y su introducción a las actividades más cotidianas en las que se embarca el ser humano. Hoy día, prácticamente toda nuestra vida está regulada, manejada, controlada o dirigida por computadoras que pueden inmiscuirse en nuestra cotidianidad gracias a su tamaño absolutamente diminuto y a la gran capacidad de gestión que le permite la microtecnología.

varias décadas- la que producen una alteración sustancial en la forma de negociar que pasa por la misma *generación de la necesidad*⁵, por la manera de expresar la voluntad a distancia y que se expande a través de la posibilidad de la *puesta efectiva a disposición* de los bienes o servicios ofrecidos.

Por ende, el **contrato**, que existió conceptualmente desde los primeros días de nuestra historia, entendido como aquel acuerdo de voluntades de dos o más personas con la finalidad de producir consecuencias jurídicas⁶ y, permítaseme agregar, hacer *previsibles* las consecuencias de éstas, puede que haya variado, no en la idea básica de la *definición*, sino en la forma de realizarlo, ya que la forma tradicional de *acordar* va a variar desde el soporte papel, en la exigencia de determinado número de ejemplares y la firma *manuscrita*, hacia formatos y requisitos que vayan adaptándose a la nueva tecnología aprobada por ley y a redefinir incluso conceptos muy antiguos como la *firma*.

Nótese que el contrato –o más propiamente el *acto jurídico*- tratado en nuestros códigos civiles concebidos a la idea tecnológica imperante en el siglo XX, expresaban que aquellos debían observar ciertas *formalidades básicas* si es que la misma ley no le imponía una forma determinada, por ejemplo, el recurrente caso de los actos jurídicos que debían observar la forma de la *escritura*

5 Un concepto sumamente interesante de desarrollar, que por motivos de espacio y de respeto al tema escogido, es el de la creación o generación de la necesidad. Si visualizáramos, como subidos a una terraza, las necesidades de las personas de hoy en día y las comparásemos con las que tenían otras personas tres o cuatro décadas atrás, nos convenceríamos muy fácilmente de cuánto han variado las mismas. Podríamos decir que las necesidades básicas de alimentación, salud, vivienda y seguridad se mantienen vigentes; pero nos sorprendería cuán austeras parecían las vidas de las personas hace no más de treinta años, en relación a cuestiones que hoy las tenemos como vitalmente necesarias, como la climatización de todos los ambientes de nuestras oficinas y viviendas, el acceso a información de la más variadísima gama –la mayoría de ella, inútil- cada segundo del día, la posibilidad de intercomunicación con todas las personas del mundo que se encuentren en cualquier lugar del mismo producida en todas las horas del día –y la suerte de angustia extrema que nos produce saber que podemos no estar comunicados con ellas- y un largo etcétera que podría presentarnos como personas bastante superfluas en comparación con la generación inmediatamente anterior.

6 Con respecto a la generación de estas consecuencias jurídicas cabe indicar que los contratos no solo crean efectos para las partes entendidos éstos como la adquisición o la pérdida de derechos u obligaciones, sino que también los transforman, los trasladan o transfieren y hasta los extinguen. Por ende, un contrato puede desde hacer nacer un efecto jurídico, hasta matarlo.

*pública*⁷. Así, se imponía en nuestras diversas legislaciones el principio de la *libertad de formas*⁸, salvo que la ley impusiera una, con limitantes muy entendibles, como la forma escrita cuando se superase un determinado valor como objeto del contrato⁹, el doble ejemplar para los contratos bilaterales¹⁰ y la firma –obviamente *manuscrita*- de los otorgantes¹¹.

Sin embargo, con la tecnología hoy vigente y con las normas jurídicas que le dan valor, la cuestión ha variado sustancialmente y nos ha llevado a la necesidad de reformular algunas definiciones como el *doble ejemplar*¹² o el de la misma *firma* puesto que, si bien no dejaremos de lado la *manuscrita*, tendremos que incorporar la electrónica y la digital¹³.

7 Art.700 C.C. Deberán ser hechos en escritura pública: a) los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados; b) las particiones extrajudiciales de bienes, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez; c) los contratos de sociedad, sus prórrogas y modificaciones, cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital, o cuando consista en la transferencia de bienes inmuebles, o de un bien que deba ser registrado; d) la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios, en las condiciones del inciso anterior, salvo que sean hechas en juicio; e) todo acto constitutivo de renta vitalicia; f) los poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso, o ante la administración pública o el Poder Legislativo; los conferidos para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer o adoptar hijos y cualquier otro que tenga por objeto un acto otorgado o que deba otorgarse por escritura pública; g) las transacciones sobre inmuebles y los compromisos arbitrales relativos a éstos; h) todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos; i) todos los actos que sean necesarios de contratos redactados en escritura pública; y j) los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los parciales y de los relativos a intereses, canon o alquileres.

Art.701 C.C. Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmado aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad. Estos actos, como aquéllos en que las partes se comprometieren a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer. El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubieren convenido que el acto no valdría sin la escritura pública.

8 Art.302 C.C. En la celebración de los actos jurídicos deberán observarse las solemnidades prescritas por la ley. A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen convenientes.

9 Art.706 C.C. Los contratos que tenga por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos.

10 Art. 400 C.C. Los instrumentos privados que contengan convenciones bilaterales, deben redactarse en tantos ejemplares como partes haya con interés distinto, con expresión en cada uno de ellos el número de ejemplares suscritos. En tal caso, no importa que en un ejemplar falta la firma de su poseedor, con tal que en él figure la de los otros obligados. A falta de los requisitos enunciados, el instrumento sólo podrá valer, en su caso, como principio de prueba por escrito.

11 Art. 399 C.C. Los instrumentos privados podrán ser otorgados en cualquier día, y ser redactados en la forma e idioma que las partes juzguen convenientes, pero la firma de ellas será indispensable para su validez, sin que sea permitido sustituirla por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos.

12 Concepto éste del doble ejemplar que tiene incluso una denominación un tanto cuestionable, aunque sea usual su uso; decimos que es ciertamente cuestionable esta denominación ya que sugiere que siempre habrán dos ejemplares al momento de la firma de un contrato, cuando en realidad la idea es distinta y la intención de la ley es que haya un ejemplar por cada parte con interés diverso, lo que indica que si hubiere más de dos partes, tendrá que haber más de dos ejemplares. Pero como es entendible la idea a pesar de la deficiente denominación, no hacemos más cuestiones al respecto.

13 Art. 2°. Ley 4017/10. Definiciones. A efectos de la presente Ley, se entenderá por: Firma electrónica: es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. Firma digital: es una firma electrónica certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

3. La idea del comercio electrónico.

La posibilidad de que la comunicación mediante la red electrónica mundial conocida como *internet* que interconecta a una inmensa malla de computadoras en todos los puntos del globo ha hechos trizas conceptos como *tiempo y espacio* ya que hoy día podemos conocer del *dato* –en la amplísima significación del vocablo, entre ellas, la *voluntad* de alguien- casi instantáneamente, sin que sea significativo en qué lugar del mundo se encuentre su emisor, ya que muy poca trascendencia tiene la distancia física. Estos hechos relevantes han tenido trascendencia en la modificación sustancial que se observó en la manera de formalizar contratos en los últimos años.

Si bien se podría pensar que cuando hablamos de *comercio electrónico* –o *e-commerce*- nos circunscribimos o referimos principalmente a operaciones de *compraventa*, debemos aclarar que aquel se aplica a cualquier otra actividad económica que realizan los *comerciantes* de forma profesional y con la habitualidad que ello conlleva¹⁴ y aquel es el medio por el cual, distintos prestadores de servicios y vendedores de productos, viabilizan la formalización de actos de comercio y la ejecución de ellos, con la correspondiente incidencia económica en el país.

Piénsese así, no solo en quienes venden y en quienes compran, sino en quienes prestan servicios, y traslademos el foco a empresas de intermediación financiera, a empresas que prestan servicios de telecomunicaciones o que brindan información como mercadería que pone a disposición de sus clientes. Todas ellas, y perdón si quedaron otras en el tintero, podrán recurrir –y de hecho, recurren- a la formalización de *e-commerce* para cerrar tratos con sus clientes¹⁵.

De lo expuesto, se pueden visualizar dos clases de *e-commerce*: el que podríamos denominar *directo o puro*, y el que podemos llamar *indirecto*¹⁶.

14 Art. 71 Ley 1034/83. Ley del comerciante. Son actos de comercio. a) Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o inmueble, de derecho sobre ella, o de derechos intelectuales, para lucrar con su enajenación, sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor. b) La transmisión a que se refiere el inciso anterior; c) Las operaciones de banco, cambio, seguro, empresas financiera, warrants, corretaje o remate; d) Las negociaciones sobre letras de cambio, cheques o cualquier otro documento de crédito endosable o al portador; e) La emisión, oferta, suscripción pública, y en general, las operaciones realizadas en el mercado de capitales, respecto de títulos-valores y documentos que le sean equiparados; f) La actividad para la distribución de bienes y servicios; g) Las comisiones, mandatos comerciales y depósitos; h) El transporte de personas o cosas realizado habitualmente; i) La adquisición o enajenación de un establecimiento mercantil; j) La construcción, compraventa o fletamento de buques y aeronaves y todo lo relativo al comercio marítimo, fluvial, lacustre o aéreo; k) Las operaciones de los representantes, factores y dependientes; l) Las cartas de crédito, fianzas, prendas y demás accesorios de las operaciones comerciales; y, m) Los demás actos especialmente legislados.

15 Art. 2°. Ley 4868/13. Definiciones. A los efectos de la presente Ley se definen los siguientes términos:b) Proveedor de Bienes y Servicios por vía electrónica: es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a distancia a consumidores o usuarios, por vía electrónica o tecnológicamente equivalente a distancia, por los que cobre un precio o tarifa.

16 A pesar de lo expuesto, cabe indicar que cierta doctrina parecería cuestionar esta posición, restringiendo la denominación de comercio electrónico solo a aquellos casos en los que todos los pasos del iter comercial –o por lo menos la mayoría de ellos- se realizan por medios electrónicos. “En lo personal no considero que un acto se reputa como de comercio electrónico si el medio utilizado solo sirve para el intercambio de datos entre las partes pero la operación se realiza fuera del medio electrónico. Es decir que si dos partes usan medios electrónicos para ponerse de acuerdo en el precio de un bien o servicio pero éste se entrega o presta y se cubre en su totalidad su precio fuera del medio electrónico, no puede ser considerado como una operación de comercio electrónico. Sería como catalogar las 2 operaciones que se acuerden por teléfono como comercio telefónico. No obstante, la regulación jurídica nos da luz para que en caso de que la operación se finalice por otros medios se establezca a los emisores de datos o el otorgamiento expreso del consentimiento por medios electrónicos”. VILLEGAS SOJO, Saúl. Marco jurídico del comercio electrónico en México. Publicado en internet.

El *comercio electrónico* será *directo o puro* cuando todo el *iter* negocial, desde la formulación de la oferta, la aceptación de la misma, la formulación del contrato, el pago del precio en cuestión y la misma entrega de lo vendido o la prestación del producto por el que se pagó se realice por medios electrónicos. Piénsese como ejemplo en quien compra un *software* por internet de una tienda digital, acepta las condiciones impuestas por el vendedor, paga el precio por él estipulado – mediante una tarjeta de crédito internacional- y procede a descargar el *software* adquirido.

El comercio electrónico será *indirecto* cuando la negociación se realiza electrónicamente, pero otras etapas del contrato, o mejor, de su ejecución, no se realizan en forma electrónica. Serían los casos de quien compra un bien material por *internet*; en estos casos, se acepta la oferta por medios electrónicos, se procede al pago mediante una tarjeta de crédito internacional, pero la entrega del bien específicamente adquirido se realiza –obviamente- fuera del espectro de internet, a través de la entrega física de lo adquirido, mediante un servicio de *courier* o similar.

4. Los contratos electrónicos.

El comercio que podríamos llamar *tradicional* se ha realizado, durante –literalmente- milenios entre dos o más personas que han negociado los términos del acuerdo en forma personal. Esta negociación personal, con la expansión de las sociedades y el alejamiento físico de las comunidades ha dado pie a que el ser humano busque la manera de seguir concretando acuerdos, aún a distancia, pues andando el tiempo, los comerciantes no se encontraban siempre en el mismo lugar en el mismo momento, y hubo de todos modos, la necesidad y el interés de continuar comerciando.

De esta forma, surgió la necesidad de regular los llamados *contratos entre ausentes*, el cual se ha normado en nuestro **Código Civil** mediante el **art. 676**¹⁷ el que podría abarcar también y ser aplicable al *comercio electrónico*, atendiendo a sus términos amplios y comprensivos, ya que indica que el *consentimiento* en esos casos, podrá formularse por cualquier “*otro medio idóneo*” lo que da la pauta que abre ampliamente las puertas a la tecnología para que puedan formularse acuerdos o contratos a *distancia* por medios electrónicos.

Sin embargo, debe decirse que deberíamos inclinarnos a considerar que los contratos formalizados por medios electrónicos no son, precisamente, **contratos entre ausentes, sino entre presentes**, pues a pesar de que los contratantes podrían estar a distancia considerable, la inmediatez de la respuesta a la oferta realizada hace que, en aplicación a lo dispuesto en el **art. 675 del Código Civil**¹⁸, hace que no sea aplicable la norma que regula la situación de las partes cuyas voluntades tardan en ser conocidas no tanto por la distancia, sino por la dificultad de la comunicación. Nótese que aplicando esta disposición normativa –el art. 675 C.C.- la solución cambia radicalmente, pues pasamos a considerar los contratos formalizados por personas que no están físicamente juntas, como concluidos entre *presentes*, ya que lo que determina esta situación es la *inmediatez* de la respuesta, más que la distancia que separa a los contratantes, siendo suficientemente elocuente la norma al disponer que la *inmediatez* de la respuesta se aplicará a la oferta hecha y contestada por medios de comunicación que permitan el contacto de personas que

17 Art.676 C.C. Entre personas ausentes, el consentimiento podrá manifestarse por medio de agentes, por correspondencia epistolar o telegráfica, u otro medio idóneo.

18 Art. 675 C.C. Para que exista consentimiento, la oferta hecha a una persona presente deberá ser inmediatamente aceptada. Esta regla se aplicará especialmente a la oferta hecha por teléfono u otro medio que permita a cada uno de los contratantes conocer inmediatamente la voluntad del otro.

se encuentran alejadas unas de otras, pero que permita conocer la voluntad respectiva de la otra, sin intervalo significativo de tiempo, es decir, *inmediatamente* como señala el Código¹⁹.

Dado que internet es el medio por el cual se realiza el *e-commerce* y atendiendo a que **oferta** y la **aceptación** de ella se exponen por dicha vía, son los mecanismos tecnológicos, digitales y electrónicos los que materializan el perfeccionamiento de los contratos en ese ámbito.

Sin embargo, no toda la doctrina nacional está conteste en este punto. En base a la idea aparente de que quienes contratan por medios electrónicos se encuentran físicamente distantes –como en realidad ocurre-, es que parte de la doctrina nacional ha afirmado que el *comercio electrónico* no constituye sino contratos *entres ausentes*, formalizados en el entorno digital²⁰. Debo manifestar mi posición contraria a esta tesis de considerar a los *contratos electrónicos* como acuerdos *entre ausentes*, por la opción de solución normativa propuesta por el **art. 675 del Código Civil**, aunque –obviamente- se ponderan los fundamentos de la posición no compartida.

Por lo dicho e intentando una **definición** podríamos indicar que los **contratos electrónicos** son aquellos acuerdos que formalizan las partes, a través de medios telemáticos, es decir, *a distancia*, a través de equipos o mecanismos electrónicos que permiten conocer, a través de los sistemas previamente establecidos, la voluntad de los otorgantes.

La aplicación práctica de esta *definición* nos lleva a los más diversos ámbitos: la compra de un pasaje de avión por medio de la *página web* de la línea aérea o de la empresa de viajes habilitada para la ello, la compra de cualquier producto por internet a través de una de las tantas *páginas* – número que crece día a día- que se dedican este menester, la compra de entradas para eventos, la compra de valores o transferencia de fondos en las páginas de instituciones financieras, y un larguísimo etcétera.

La **ley española** sobre la materia, la **No. 34/2002**²¹, define a los **contratos electrónicos o celebrados por vía electrónica** como “h) ‘Contrato celebrado por vía electrónica’ o ‘contrato electrónico’: todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”. Nótese que la definición es amplia y establece el marco de referencia para tener a un acuerdo como *contrato electrónico* cuando éste haya sido concertado –oferta y aceptación- mediante equipos electrónicos conectados a redes de comunicaciones a distancia, con lo cual el espectro de alcance es bastante amplio. Podría estimarse que esta definición legal es abarcante de los distintos mecanismos que pueden llevar a concluir un *contrato electrónico* y podría servirnos de referencia para abordar la idea.

Nuestra ley define también lo que se entiende por *contratos electrónicos o celebrados por vía electrónica*²², y le dedica una ley, cuyo articulado iremos revisando seguidamente, en referencia a

19 “No cabe duda que el contrato realizado por medio electrónico, dentro del país es considerado entre presentes” RIOS AVALOS, Bonifacio. Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos. Intercontinental Editora. 13ª. Ed., año 2014, p. 286. “Cabe resaltar que la contratación electrónica es celebrada entre persona físicamente distantes, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea. Este problema comenzó a ponerse de relieve con el uso del teléfono y del fax, pero, actualmente adquiere proporciones ilimitadas con la informática”. RIOS AVALOS, Bonifacio. Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos. Intercontinental Editora. 12ª. Ed., año 2012, p. 284.

20 Véase JIMENEZ ROLÓN, Eugenio. Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito. Intercontinental Editora. 2ª Ed., p.42.

21 Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

22 Art. 2º. Ley 4868/13. Definiciones. A los efectos de la presente Ley se definen los siguientes términos: Comercio Electrónico: es toda transacción comercial realizada por Proveedores de Bienes y Servicios por vía electrónica y a distancia.

su forma y la validez jurídica de los mismos. Resalta la normativa lo ya anticipado en la nota doctrinaria, que esencialmente constituyen *contratos celebrados a distancia*, aclarando incluso lo que se entiende por esto último y qué se entiende por *vía electrónica*, consagrando nuevamente la solución normativa de no atarse a ninguna tecnología existente, haciendo una lista lo más abaricante posible de la ya conocida e incluso indicando que podrá ser usada otra, aún no inventada.

Cabe resaltar que la ley de *comercio electrónico* apunta a establecer garantías para quienes formulan sus negociaciones a través de internet, facilitando las transacciones y el intercambio en el espectro del llamado *ciberespacio*, impulsando la expansión de la cantidad de operaciones a través de la disminución de una amenaza latente en este tipo de transacciones *desmaterializadas*: la posible pérdida de confianza de los usuarios del espectro cibernético. Al respecto, debe ponerse de manifiesto que a través del proceso de *despapelización o desmaterialización*, el ser humano –tan habituado a realizar actos jurídicos asentados en soportes tangibles, como el papel- pasa a depender del etéreo espectro de internet, cuya *inmaterialidad* es patente y se produce, en forma casi automática, una suerte de *desconfianza* hacia la prueba o evidencia del acto jurídico, por una parte, y hacia la *aparente* –y resalto el término *aparente*, pues no es tal- fragilidad o vulnerabilidad del sistema que permitiría –en el imaginativo popular- la alteración de mensaje de datos y la perpetración de distintos delitos económicos, cometidos desde prácticamente cualquier punto del globo.

En cuanto a estos puntos –y si bien las *defensas* opuestas a la *desconfianza* generada por la *intangibilidad* y por la aparente *fragilidad* pasan por mecanismos tecnológicos adecuados- cabe indicar que la ley 4868/13 “de comercio electrónico”²³ regula algunas situaciones de protección al *consumidor* en las relaciones comerciales formalizadas por medios electrónicos como la posibilidad de retractarse de la transacción en el plazo de cinco días de recibido el producto debiendo restituir los bienes adquiridos y debiéndosele devolver el monto abonado por el mismo²⁴, o la protección de los datos de los consumidores²⁵ y la regulación del régimen de factura electrónica que se expide en

Se entenderá por: - A distancia: es aquella transacción de un producto o un servicio sin que las partes estén presentes simultáneamente. - Vía electrónica: es aquella que utiliza equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión de la información) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por cables, radio, medios ópticos, electromagnéticos, conocido o por conocerse que sea técnicamente equivalente....

23 Debe decirse que el Paraguay es de los pocos países en la región que han puesto en vigencia una ley de comercio electrónico, ya que varios de ellos, el e-commerce se encuentra regulado en otras normas, como en la ley de Mensajes de Datos colombiana o en la misma ley de defensa al consumidor, ya que no debe perderse de vista que la ley de comercio electrónico tiene como una de sus características principales enumerar una serie de protecciones al consumidor.

24 Art. 17 Ley 4868/13. Derecho de Reembolso por variación entre lo ofertado y lo recibido. Todos los Proveedores de Bienes y Servicios deberán establecer un mecanismo de reembolso del dinero pagado por el Consumidor o Usuario, en caso que el mismo no recibiera el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad y calidad prometidos, siempre y cuando ejerza este derecho a través del reclamo, en un plazo máximo de 5 (cinco) días hábiles de recibidos los bienes o servicios. Este mecanismo debe ser público y accesible a cualquier usuario. La presente disposición no limita, disminuye ni excluye las responsabilidades penales que pudieran surgir por el actuar del proveedor. Art. 30. Ley 4868/13. Derechos de los Consumidores o Usuarios. Los Consumidores o Usuarios tendrán los siguientes derechos: ...b) retractarse de la transacción comercial, en el plazo máximo de 5 (cinco) días hábiles a partir de la recepción del producto o servicio de parte del Proveedor de Bienes y Servicios, con la simple notificación electrónica de su voluntad. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, siempre que el servicio o producto no hubiese sido utilizado ni sufrido deterioro. Los costos que deberán cubrir los Consumidores, en este caso, serán los relativos al retorno de los productos o el pago de los servicios ya prestados; y,...

25 Art. 6°. Ley 4868/13. Restricciones. En ningún caso la actividad comercial de los Proveedores podrá vulnerar: d) la protección de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios; e) la protección de los datos personales y los derechos a la intimidad personal y familiar de las partes o los terceros intervinientes; y, f) la confidencialidad de los registros y cuentas bancarias. Art. 30. Ley 4868/13. Derechos de los Consumidores o Usuarios. Los

la compra a distancia y que tiene efectos en la contabilidad del consumidor y en la posibilidad de incidir en el volumen de impuestos –especialmente a la renta- que llegue a pagar este último²⁶, siendo la principal ventaja del *comercio electrónico* en relación a los tributos, la emisión de dichas *facturas electrónicas y virtuales* que tienen la función de evitar el gasto en papel y su distribución y en ayudar a combatir la evasión fiscal.

En esencia, entonces, el contrato electrónico es idéntico al contrato *entre presentes*²⁷, pero formalizado de una forma absolutamente novedosa ya que requiere, según la doctrina, el involucramiento de un banco para la apertura de un crédito²⁸ pues los mecanismos de pago pasarán ineludiblemente por el conducto de la *tarjeta de crédito* u otro similar, al que se vinculan tanto el cliente que adquirirá el bien como el proveedor que lo venderá, debiendo incorporarse posteriormente otros contratos accesorios al de la compraventa, pero esenciales igualmente para lograr la efectivización del mismo, como el de transporte y el de seguro.

Esta forma de comercialización a través de medios electrónicos implica, como se señalara, una *despapelización o desmaterialización* del soporte que evidencia el contrato, realizándose el acuerdo en *bytes*, por decirlo de una manera gráfica, lo que lleva también la necesidad de que los términos del acuerdo –oferta aceptada- y la identidad de las partes que han concluido el mismo, por lo que la ley delega a la autoridad de aplicación –el Ministerio de Industria y Comercio, mediante el Viceministerio de Comercio- la función de contralor de estos mecanismos de constatación funcionen eficientemente.

4.1. Forma, validez y exclusiones del contrato electrónico.

En cuanto a la *forma* de los contratos electrónicos, la ley nacional realiza una clara equiparación a la forma escrita cuando se utilice el *mensaje de datos*²⁹ y sea firmada digitalmente³⁰, imponiendo

Consumidores o Usuarios tendrán los siguientes derechos: a) disponer de un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recolección de los datos, como en cada una de las comunicaciones comerciales que dirija, para oponerse a la utilización de sus datos con fines promocionales;...

26 Art. 33. Ley 4868/13. Validez. La factura electrónica emitida por los Proveedores de Bienes y Servicios tendrá la misma validez contable y tributaria que la factura convencional, siempre que cumplan con las normas tributarias y sus disposiciones reglamentarias.

27 En contrario a esta posición de considerar contrato entre presentes, cito al doctrinario nacional Eugenio Jiménez Rolón, en su muy recomendable obra Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito. Intercontinental Editora. 2ª Ed., p. 42.

28 “Cabe definir el comercio electrónico como el sistema contractual celebrado entre ausentes en el que el vendedor, basado en la seguridad que le otorga un Banco de que pagará el importe de la operación a través de un crédito otorgado al adquirente, proporciona a este último los bienes o servicios que le requiere mediante mensajes transmitidos electrónicamente”. JIMENEZ ROLÓN, Eugenio. Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito. Intercontinental Editora. 2ª Ed., p. 42.

29 Art. 2º. Ley 4017/10. Definiciones. A efectos de la presente Ley, se entenderá por: ...Mensaje de datos: es toda información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, siendo esta enumeración meramente enunciativa y no limitativa.

30 Art. 5º. Ley 4017/10. Empleo de mensajes de datos en la formación de los contratos. La oferta, aceptación así como cualquier negociación, declaración o acuerdo realizado por las partes en todo contrato, podrá ser expresada por medio de un mensaje de datos, no pudiendo negarse validez a un contrato por la sola razón de que en su formación se ha utilizado este sistema, siempre y cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez previstos en el Código Civil. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica, no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Art. 7º. Ley 4017/10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria, siempre y cuando el mismo tenga una firma digital válida de acuerdo con la presente Ley. Los actos y contratos suscritos por medio de firma digital, otorgados o celebrados por

que los contratos formalizados digitalmente producirán los mismos efectos que los que fueran celebrados en la forma tradicional, es decir, en papel, cumpliéndose la forma escrita, cuando ésta sea exigible por la ley.

En cuanto a la **validez** de estos contratos electrónicos, la ley ha equiparado los efectos de ellos a los realizados en soporte *papel*, remitiendo el contrato en cuestión a las disposiciones relativas del Código Civil o de las leyes de protección a los consumidores³¹.

En referencia a las **exclusiones**, cabe señalar que si bien la ley menciona exclusiones extrañas a los **contratos** –como los legados y testamentos y los actos jurídicos vinculados al derecho de familia como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento, etc.- hace también mención a ciertos **contratos**, excluyendo a aquellos que requieren de **escritura pública**, encontrándose comprendidos los contratos citados en el art. 700 del Código Civil y en algunas leyes especiales. También se encuentran excluidos los contratos en los que las partes hayan decidido –de común acuerdo- la forma digital, entrando en el ámbito de la *autonomía de la voluntad*³².

5. Carácter tuitivo de las normas de la ley de comercio electrónico.

No pasa desapercibido que las normas de la ley de *comercio electrónico* tengan un marcado perfil *tuitivo* en beneficio del consumidor. Así, esta ley establece una serie de previsiones en beneficio exclusivo de quien compra un bien o paga por un servicio a través de los formatos electrónicos, considerándolo como la *parte débil* de la transacción.

Ello en razón de que este tipo de comercio permite realizar transacciones *a distancia* lo que a su vez posibilita la contratación *masiva* en donde el consumidor se limita –en la inmensa mayoría de casos, sino en todos- solo a elegir el bien o servicio por el que va a pagar pero no puede discutir las condiciones del negocio, debiendo circunscribirse a aceptar o no la oferta, manifestando su conformidad de manera electrónica y procediendo igualmente al pago de similar forma. Por ende, dada la mecánica del negocio electrónico a ser realizado, se habilita la posibilidad de que el consumidor sea defraudado en la transacción, y por ende la norma jurídica ampara la *fragilidad* de esta parte de la negociación, otorgándole un plexo de protecciones al consumidor frente al proveedor del bien o el prestador del servicio con quien contrató vía electrónica³³.

personas naturales o jurídicas, públicas o privadas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten por escrito, a los efectos de que surtan consecuencias jurídicas.

31 Art. 24. Ley 4868/13. Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para los contratos escritos y se regirán por lo dispuesto en este Título, por el Código Civil y las normas especiales vigentes en materia de protección de los consumidores.

32 Art. 21. Ley 4610/12. Exclusiones. Las disposiciones de esta Ley no son aplicables a: a) las disposiciones de última voluntad; b) los actos jurídicos del derecho de familia; y, c) los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, como los que requieran de escritura pública y aquellos en los que así se haya determinado por acuerdo de partes. Art. 26. Ley 4868/13. Materias excluidas. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos a: a) derecho de familia y sucesiones; y, b) los contratos que requieran la formalización por escritura pública o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios o autoridades públicas; los que se regirán por la legislación específica que rija la materia.

33 “Al respecto, ha de señalarse que nuestro país es uno de los pocos de la región que cuenta con una ley específica de comercio electrónico. En los demás países, se encuentra regulado en la misma ley de Mensajes de Datos como ocurre en Colombia, o en la ley de Defensa al consumidor, en vista de que en puridad la ley de comercio electrónico se enfoca a la protección del usuario o consumidor en el ámbito virtual, por lo que podríamos decir que se trata de una ley de defensa

Al respecto de lo expuesto, cabe citar, aunque sea de paso, disposiciones tuitivas muy puntuales para el consumidor como el deber de informar sobre una serie de puntos del proveedor de bienes y servicios al consumidor (art. 7º y 10º), el derecho de reembolso al consumidor en caso de que el bien o servicio no sea recibido en el tiempo, calidad y cantidad (art. 17), prohibición de uso de datos del consumidor para fines de promoción (art. 22), derecho de los consumidores a oponerse a la utilización de sus datos con fines promocionales, a retractarse de la transacción, dentro de cinco días hábiles a partir de la recepción del producto o servicio de parte mediante notificación electrónica de su voluntad (art. 30), entre otras³⁴.

Esta situación debe ser estudiada también teniendo en miras la **ley de defensa al consumidor** que prevé una serie de protecciones al consumidor, que son enteramente compatibles con las que se disponen en la **ley de comercio electrónico**, haciendo ésta no solo una, sino tres remisiones a la ley de defensa al consumidor, como norma de carácter supletoria³⁵.

6. Los números del comercio electrónico.

Según algunas publicaciones especializadas, el *e-commerce* mueve en la región un total de US\$ 50.000 millones. Atendiendo al volumen de los mercados, unos 30.000 millones de dólares en transacciones digitales, corresponde solo a uno de los gigantes latinoamericanos: Brasil.

Nuestro país, con una economía muchísimo más pequeña, desarrollaría –según estas mismas publicaciones- negocios por un valor de US\$. 1.300 millones, equivalente al 2,6% del total concertado en la región. Sin embargo, la ventaja de nuestro país –al igual que otros países como Perú y Colombia- radica las tasas de crecimiento en este tipo de negocios, que se ubican a una tasa de 50% anual, tendencia que, según los expertos se mantendrá en los próximos tres años.

La modalidad del *e-commerce*, practicada cada vez con más asiduidad en el mundo, se erige hoy como un relevante factor de desarrollo de la economía. Obviamente, el avance de este tipo de negocios es más notable en los países desarrollados que en los países que no lo son, haciéndose notar fácilmente una cada vez mayor porción de la *torta económica* para los contratos electrónicos.

al consumidor en un contexto electrónico; si bien la ley no aclara expresamente el ámbito de su protección, puede colegirse de su interpretación sistemática y teleológica que el destinatario de su protección es el usuario o consumidor final, fundado en la calidad de más débil de este sector respecto a los proveedores de bienes y servicios". ROLON ALVARENGA, Rodys. El comercio electrónico y su regulación, publicado en internet.

34 "La Ley 4868/2013 De comercio electrónico de nuestro país, recoge las recomendaciones de la Comunidad Europea en cuanto a los aspectos a ser regulados, transcribiendo literalmente en muchos artículos, el texto de la norma española sobre la materia. Entre sus regulaciones se destacan derechos muy importantes conferidos a los usuarios o consumidores, como a la retractación, a rectificar su comunicación electrónica en caso de error, a obtener información veraz y precisa de los bienes ofertados en las tiendas virtuales, a la confidencialidad respecto a sus datos confiados, y otros derechos amparados por la normativa, que evidencian su espíritu proteccionista hacia la parte más débil en la relación jurídica". ROLON ALVARENGA, Rodys. El comercio electrónico y su regulación, publicado en internet.

35 Art. 24. Ley 4868/13. Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para los contratos escritos y se registrarán por lo dispuesto en este Título, por el Código Civil y las normas especiales vigentes en materia de protección de los consumidores. Art. 37. Ley 4868/13. Infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor. La Ley de Defensa del Consumidor se aplicará en forma supletoria de la presente ley, por lo que las infracciones a la misma por parte de un Proveedor de Bienes y Servicios, serán sancionadas por la misma Autoridad de Aplicación, conforme dicha ley y sin perjuicio de las sanciones aplicables en virtud de la presente Ley. Art. 42. Ley 4868/13. Aplicación Supletoria. En todo lo que no se encuentre específicamente contemplado en la presente Ley se aplicará en forma supletoria la normativa sobre Defensa del Consumidor y el Código Civil Paraguayo.

En el Instituto Latinoamericano del Comercio Electrónico se ha afirmado que, debido a la penetración de internet que se observa hoy en nuestro país, se ha incrementado sensiblemente la posibilidad de que cualquier persona pueda realizar procesos de compra mediante un dispositivo móvil o un medio electrónico, lo que modifica el perfil clásico del consumidor *on line*, ya que se convertirá en potencial consumidor todo aquel que posea un *smartphone*³⁶.

A nivel local, debe decirse que el *comercio electrónico* es uno de los ejes del llamado Plan Director de las TICs que fuera elaborado con ayuda de la Agencia Koica del gobierno de la República de Corea del Sur en el año 2011, habiéndose alcanzado a la fecha ciertas metas de las muchas que se han trazado, como la entrada en vigencia de la normativa jurídica relacionada a los mensajes de datos, a la firma electrónica y a la firma digital y la misma ley 4868/13, de Comercio electrónico.

Por otra parte, atendiendo a los estudios estadísticas hechos por Bancard, procesadora nacional de tarjetas de crédito, las transacciones electrónicas por internet en el año 2014 específicamente en el negocio de las compras de bienes hechas exclusivamente en *comercios extranjeros*, han subido un 17% en relación a las mismas operaciones del año anterior, alcanzando un volumen de más de 91 millones de dólares, registrándose más de 1.200.000 operaciones en ese año 2014, contra poco más de 1.105.000 operaciones hechas en el año 2013.

En cuando al año 2015, según datos recogidos y expuestos siempre por la procesadora Bancard, las compras vía web tanto a nivel local como internacionales superaron el monto de US\$ 91 millones, lo que significó un aumento de un tercio en comparación con la facturación del año 2014 y un 65% más que el 2013, observándose un crecimiento constante y sostenido en la cantidad de transacciones vía comercio electrónico. Señala también ese informe que fueron los meses de noviembre y diciembre de ese año 2015 los que registraron mayor movimiento de compras, totalizando la facturación la suma de US\$ 27,3 millones entre adquisiciones nacionales e internacionales, hecho que es entendible atendiendo a la aceleración de la economía que se observa normalmente en la última parte del año.

Según la misma procesadora Bancard, durante el año 2014 y en referencia exclusiva al *comercio electrónico nacional* también se ha observado un sensible aumento en comparación al año anterior, incrementándose el comercio electrónico en un 8,7%, ya que los habitantes de este país han realizado compras por más de 4.2 millones de dólares americanos en un total de 69.000 transacciones comerciales en 113 locales paraguayos correspondiendo el 91% de esas compras hechas por ciudadanos paraguayos, y el resto por extranjeros, destacándose mayormente las compras hechas en supermercado y líneas aéreas, compras por catálogo, entradas para eventos y aparatos electrónicos.

En ocasión de realizarse en el año 2015 el evento denominado *e-Commerce Day Asunción* el pedido de los distintos disertantes apuntaba a que el comercio electrónico en nuestro país sea impulsado por los beneficios que traería aparejado el mismo, ya que con el mismo se busca ofrecer

36 "Si se cuenta con un buen sitio adaptado para mobile, que la gente puede navegarlo, y si se cuenta con una buena página web, con una buena tienda online en el cual la gente pueda no solamente comprar, sino también ver o consultar productos y si, además, tiene presencia offline, es decir cuenta con una sucursal, entonces la persona termina tomando la decisión de compra de ese producto o servicio. Y eso es lo más importante que hoy tenemos que entender cuando estamos aquí en Paraguay y vemos cuál es el impacto que tiene internet y las nuevas tecnologías en el consumo". Declaraciones de Marcos PUEYRREDÓN, Vicepresidente para América Latina de VTEX y actual presidente del Instituto Latinoamericano del Comercio Electrónico.

comodidad y calidad a los consumidores amén de luchar contra la economía informal y la evasión fiscal.

Siempre siguiendo el informe de la procesadora de tarjetas de créditos Bancard, en el primer semestre del año 2015 las compras vía electrónica de ciudadanos paraguayos, en el exterior, alcanzaron más de 42 millones de dólares, en más de 600.000 transacciones, lo que implicaba un incremento del más del 20% en relación al mismo periodo de tiempo del año 2014.

De todo lo expuesto, queda en claro que el *comercio electrónico* llegó para quedarse. Tenemos hoy día la evidencia de un creciente número de transacciones comerciales, que se incrementa año a año en forma ostensible, lo que es puesto de manifiesto en los números de cada estudio al respecto. Estos negocios electrónicos se dan en base a las normas jurídicas claras que hemos sabido los paraguayos sancionar y poner en vigencia. Sin embargo, no debemos perder de vista que, además de las normas jurídicas idóneas, debemos tener un soporte digital y electrónico adecuado para que los negocios *vía internet* siga siendo una realidad creciente. De este tren, el país no debe bajarse, pues el mismo nos lleva al futuro, al que ya se están dirigiendo los demás países.