

CONTRATOS ELECTRÓNICOS E INTELIGENTES
Marina Anabel FLORES MONYO

Resumen: La nueva realidad representada por tecnologías innovadoras nos encuentra en la búsqueda de mayor seguridad jurídica, menor cantidad de trámites y una menor litigiosidad a la hora de resolver conflictos sociales. La materia contractual, instrumento jurídico trascendental, en el ámbito de las relaciones patrimoniales, se renueva con la revolución digital. Buscamos contribuir a la paz social a través de mecanismos que garanticen previsibilidad y poniendo en evidencia la necesidad del complemento humano para una razonable valoración del caso.

Palabras claves: contratos electrónicos, contratos inteligentes y revolución digital.

Abstract: The new reality represented by innovative technologies finds us in the search for greater legal certainty, fewer procedures and less litigation when it comes to solving social conflicts. The contractual matter, a transcendental legal instrument, in the field of patrimonial relations, is renewed with the digital revolution. We seek to contribute to social peace through mechanisms that guarantee predictability and highlighting the need for a human complement for a reasonable assessment of the case.

Key Words: electronic contracts, smart contracts and digital revolution.

INTRODUCCION

Comenzamos dando un panorama de la materia en el derecho interno de nuestro país. En esta primera parte hacemos referencia a la normativa actual. Vemos la sistematización contractual del Código Civil y Comercial con las distintas leyes especiales que rigen la materia, en particular la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Firma Digital, entre otras.

Vemos a lo largo del desarrollo del trabajo, la incorporación de institutos jurídicos que vienen principalmente a corregir las desigualdades de las partes al momento de negociar un contrato. Todo ello en orden a las modalidades contractuales receptadas por nuestra normativa.

Así de esta forma hablamos de una primera aproximación que nos da la pauta de la existencia de los contratos paritarios, los contratos de adhesión y los contratos de consumo. Luego pasamos a desarrollar los contratos electrónicos y del e-commerce, para pasar a la tendencia actual con la inteligencia artificial.

La amplitud en la regulación contractual, la libertad de formas y el principio de la autonomía de la voluntad nos da la posibilidad de la incorporación de las nuevas tecnologías al derecho contractual y se habla de un cambio de paradigma con la llamada inteligencia artificial.

Hablamos de los contratos inteligentes, aquellos contratos que son consecuencia de la aplicación del manejo de grandes volúmenes de datos y de la inteligencia artificial. Existe un cambio de paradigma y no solo en el ámbito que nos ocupa, sino en todos los órdenes de nuestra vida cotidiana.

PANORAMA CONTRACTUAL ARGENTINO

Desde la regulación en el Código de Vélez hasta la actualidad, en los contratos se ha observado una evolución que responde a los cambios observados en la sociedad.

Habiendo cambiado las condiciones sociales existentes a la fecha de sanción del Código Civil y con la transformación técnico – científica desde principios del siglo XX, debió admitirse el cuestionamiento no sólo de las posturas ideológicas, económicas, jurídicas y filosóficas, sino también de la legislación positiva del derecho privado.

No podía negarse la existencia de situaciones fácticas sin regulación legal y la aparición de contratos que habían variado la forma de celebración del acuerdo o la etapa genética en la que nace la regulación jurídica.

Modificadas las condiciones existentes, habiendo aparecido una gran cantidad de nuevas relaciones contractuales y formas nuevas de contratar, surgió la necesidad de adecuar la normativa pertinente.

La moderna técnica, los progresos científicos a través de Internet, la interrelación de los intereses con la llamada conexidad contractual y la urgencia de acordar vinculación jurídica, ha hecho nacer los contratos tipo, las condiciones generales y los contratos por adhesión.

Esto tiene su explicación en que el hombre moderno, busca dominar la realidad caótica, y lo hace con la predisposición del contenido de los contratos, aplicando las leyes de uniformidad y repetición a la vida económica.

Además, el reconocimiento de situaciones sociales como la categoría de individuos “los consumidores”, determino que, en tales relaciones, predominan intereses superiores que deben ser contempladas por los poderes públicos, en una regulación jurídica que modifique en determinadas circunstancias el alcance y sentido de la plena vigencia de la autonomía de la voluntad.

En materia de derecho del consumidor la ley 24.240 plasma un régimen que luego es redimensionado con la reforma constitucional de 1994 y que trae aparejado su modificación con la ley 26.631 en el año 2008.

La ley 24240 de Defensa al Consumidor fue sancionada con un veto en materia de garantías legales y en responsabilidad por productos.

Con la reforma constitucional de 1994 se consagraron los derechos del consumidor en el art.42 de la C.N., lo cual impulso una profunda relectura de la ley. Para luego aparecer la ley 26.361 que introduce sustanciales modificaciones y por último el Código Civil y Comercial con la sistematización de los contratos de consumo (art.1092).

El contrato tradicional que tenía su base en la normatividad, que le reconocía fuerza legal como contrato nominado o típico, no alcanzo a cubrir las nuevas relaciones contractuales surgidas al amparo de nuevas formas de relaciones patrimoniales entre los particulares. Es la facultad propia de las partes la que genera nuevas situaciones fácticas que por la cambiante rapidez de su creación no se encuentran normadas en texto legal alguno.

La doctrina denomina a estas nuevas relaciones contractuales como contratos atípicos, superando la limitación que importaba llamarlos innominados al recibir el nombre que los identifica al momento de reproducirse la relación.

Adhiero a Massnata, en cuanto dice que el esquema tradicional es desbordado por la realidad. El contrato no solamente es un testimonio de la libertad humana, es también una técnica al tomar forma en una convención, a la cual la ley determina aspectos y efectos. Esta técnica va a sufrir el reflejo de las profundas transformaciones económicas y sociales que plantea el dinamismo contemporáneo. (Garrido Cordobera, 2015)

A diferencia del Código de Vélez que receptaba la teoría clásica del contrato, el Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.) reconoce diferencias en el poder de negociación y ha acogido diferentes nociones de contratos.

Por lo tanto, en la sección dedicada a los contratos vemos el contrato paritario (art. 957), el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas (art. 984) y el contrato de consumo (art. 1093).

Las nociones de contratos reconocen diferencias en el poder de negociación de las partes, lo que llevo a plasmar un diferente régimen de normas para cada modalidad a fin de proteger la buena fe y corregir la debilidad contractual.

Además, con la regulación del C.C.C.N. se unifican las materias civil y comercial que permite aunar criterios en materia contractual.

El contrato sigue siendo un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial que crea derechos creditorios y reales, además de modificar, transmitir y extinguir obligaciones.

El art 1137 del anterior Código Civil establecía: "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos".

De este concepto que actualmente sigue estando vigente, se deriva que se requiere la existencia de dos o más partes, la existencia de una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos y que pueden tener por efecto crear, modificar, transferir o aniquilar derechos y obligaciones.

El C.C.C.N. en su art. 957 recepta la definición doctrinal y jurisprudencial del contrato, los encuadra en la categoría de actos jurídicos bilaterales o plurilaterales, de contenido patrimonial, entre vivos y aceptando la mayor amplitud del negocio, desde la creación hasta la extinción del mismo, abarcando las transformaciones de las relaciones jurídicas, no solo la creación, sino la regulación, modificación, transferencia y extinción y no exclusivamente de las obligaciones sino también de derechos intelectuales y reales.

Es terminológicamente más adecuado que el Código de Vélez, aclarando que las partes son el centro de imputación de las relaciones y no las personas, y que el consentimiento de las mismas es necesario para configurarlo, no aludiendo a la declaración de voluntad como lo hacía el Código Civil.

Mención especial merece la regulación de los contratos conexos en el C.C.C.N., que, incorporando las redes contractuales al texto legal, se le da importancia a la finalidad económica del contrato a la cual asisten. Son una excepción al principio del efecto relativo de los contratos

Con respecto a las leyes especiales me interesa mencionar las modificaciones en la ley de firma digital, que también produjeron cambios importantes, como el establecimiento de la equivalencia funcional entre documentos escritos y los que se encuentren en cualquier otro soporte como el informático, para la plena vigencia de mismos efectos jurídicos.

Actualmente asistimos a un panorama muy distinto y que va a continuar en constante cambio con la incorporación de la inteligencia artificial, blockchain, bitcoin, contratos electrónicos, smart contracts, entre otros.

De todas formas, no hay que dejar de lado que en el contrato moderno es necesario tener presente, como dice Santos Briz, que el enfoque de lo social dentro del derecho civil ha de partir de una visión del derecho fundamentalmente personalista, en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, respeto y rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana. Todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre, aunque este se desenvuelve siempre en los medios sociales. (Garrido Cordobera, 2015).

EVOLUCIÓN TÉCNICA DEL CONTRATO

La Pre-redacción

Se hablaba de una crisis del contrato a consecuencia de que el consentimiento, uno de los elementos esenciales inherentes a la existencia del acuerdo, se presta en forma diferente al previsto por los Códigos que siguieron al francés.

Con la revolución industrial, el urbanismo y el maquinismo, causa de la concentración de la industria y los negocios, se exigió la estandarización del tráfico.

El contrato tal cual lo había entendido la legislación individualista y liberal debió adecuar sus modalidades de celebración a otros presupuestos, regidos por la nueva situación fáctica que gobernaba el mundo de la relación patrimonial privada, después del arribo del maquinismo.

El siglo XX en permanente evolución técnico-científica, mostro las falencias que sufre el hombre para adaptarse en el plano jurídico. La urgencia que domina el tráfico de los negocios, ha venido imponiendo contratos normados o contratos tipo caracterizados por la predeterminación del contenido contractual.

Con ello aparece la reducción de la libertad contractual, pues mientras una de las partes ha preparado o redactado el contrato, la otra debe someterse a esa pre-redacción o de lo contrario no celebrar el acuerdo.

De esta forma vemos contratos-tipo estampados en formularios admitidos por la legislación, como los contratos de seguros. El que celebra un seguro, debe someterse al contrato pre-redactado que constituye una póliza tipo, aceptada por el organismo de control del Estado.

En el tráfico de los negocios moderno, las condiciones generales son consecuencia de la estandarización o normativización uniforme y suelen fortificar la posición de los empresarios, quienes al imponer dichas condiciones mejoran su situación contractual, disminuyendo sus riesgos, eliminando responsabilidades y sometiendo al otro contratante a circunstancias desfavorables, lo que ha motivado el desarrollo de las cláusulas abusivas (art.984 C.C.C.N.).

En los contratos por adhesión el consentimiento tiene matices diferentes al prestado en una contratación tradicional de épocas anteriores. Es una modalidad contractual específica con una forma distinta de prestar el consentimiento por las diferentes posturas que sustentan cada una de las partes.

Se trata de condiciones que, puestas con anterioridad por una de las partes o un tercero, motivan la adhesión de la otra parte para llegar a celebrar el contrato. No estamos frente a una categoría especial o una figura típica, si no que difiere en la modalidad de prestar el consentimiento.

La parte que adhiere, si tiene la posibilidad de no celebrar el contrato, pero si decide contratar debe someterse a las condiciones preestablecidas por la otra parte. En este acuerdo tenemos por un lado la expresión de una de las voluntades mediante esas condiciones predispuestas y por el otro una voluntad que se manifiesta por la adhesión a ellas.

Reconocemos que hay una desigualdad en el plano genético de la formación del contrato, que no atenta o excluye la libertad de aceptar y que configura la potestad jurídica indispensable para que exista acuerdo.

CONTRATOS DE CONSUMO

Por otro lado, el derecho contractual ha evolucionado desde los dogmas absolutos de los códigos decimonónicos al concepto de contrato con finalidad social y de un concepto estático normativo a un concepto social, económico y valorativo, un contrato relacional. (Garrido Cordobera, 2015)

Actualmente se distinguen las desigualdades de los co-contratantes y se intenta corregirlas mediante una serie de instituciones; pasamos a observar el contrato desde la celebración, la etapa de negociación y después de la finalización con sus consecuencias propias; poco hablamos de contratos negociados en una dinámica donde muchos son contratos predispuestos, formularios y contratos con condiciones generales; y pasamos de tener todo en los códigos al imperio de las leyes especiales.

En nuestro país, en el área patrimonial, fue notable la irrupción de las relaciones de consumo, que cruzan transversalmente el sistema, cuyos principios son prevalentes al ser una legislación de orden público.

La protección a los consumidores se evidencia en dos ámbitos del derecho privado: el área contractual y el área de la responsabilidad, además de la protección del derecho constitucional, administrativo, internacional y procesal, que se ocupan de estos intereses.

La ley de defensa del consumidor también interviene en los contratos de adhesión y en los contratos formularios. En su art. 38 establece que la autoridad de aplicación vigile que tales contratos tengan cláusulas adecuadas a la normativa de consumo.

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA MATERIA CONTRACTUAL

El reconocimiento jurídico en las legislaciones de la libertad contractual, abre a los sujetos la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mediante acuerdos de carácter negocial según su libre albedrío y su responsabilidad. Es la expresión del principio de autonomía, pilar básico de la estructura del derecho contractual.

En virtud de esta libertad contractual cada cual determina por sí mismo sus obligaciones mutuas y sus modalidades (autonomía reguladora), pero desde una perspectiva económica estaremos frente a un contrato válido cuando el acuerdo cumpla la función económica de utilidad a ambas partes, a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie a sus preferencias.

Las premisas del contrato perfecto implican que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan los puntos igualmente relevantes y que el contrato se ha concluido de buena fe.

Por ello la tarea de la legislación y la jurisprudencia ante un contrato alterado, en el cual esa alteración no haya sido prevista en el contrato, será la de maximizar racionalmente la utilidad. La tarea de imputar el riesgo a aquel que puede reducirlo o absorberlo al menor costo.

El derecho contractual tiene la función de reconstrucción del contrato imputando las consecuencias a través de normas supletorias o limitando sus alcances mediante normas imperativas. La reconstrucción del contrato nos llevará a la base del negocio jurídico y a los institutos correctores que cada derecho recepta, pero sobre todo a la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución del contrato.

En nuestro derecho vemos institutos como la lesión, la imprevisión, la frustración del fin del contrato, el pacto comisorio tácito, el abuso del derecho, más las disposiciones de la ley del consumidor, entre otros. Todos ellos dirigidos a proteger las relaciones contractuales y sus múltiples incidencias.

La relación una vez constituida, se desarrolla según los principios que le son propios, teniendo en cuenta su peculiar contenido, agotando el sinalagma genético al cumplirse, a veces inmediatamente y conforme lo establecido o que un incumplimiento genere cuestiones del pacto comisorio o de responsabilidad.

Pero no siempre el contrato está limitado a un ciclo de vida tan restringido, pues mediante prestaciones recíprocas y especialmente si tiene una ejecución continuada, periódica o de larga duración, el mismo permanece con vida como fuente reguladora del desarrollo de la relación hasta que ésta se agote. Además, pueden plantearse casos de rescisión unilateral, excesiva onerosidad sobreviniente o la renegociación del acuerdo.

En la actualidad el contrato tiene un fin ético y social, no es solo un instrumento de realización de intereses económicos. Tiene una dimensión distinta que lleva a la realización del progreso económico, ético y social de las comunidades.

EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA

La cuarta Revolución Industrial responde a dos grandes fenómenos, el primero es la mutación radical de las nociones de espacio y de tiempo con el uso masivo de nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y el segundo son las nuevas formas de procesar datos e información, en muchas actividades que antes solo podían realizarse en nuestros cerebros.

La Revolución tecnológica ha llegado a nuestras vidas y no es un suceso actual, se viene gestando desde décadas atrás. En la década del 70 llegaron las placas madres, en los 80 el pc, en los 90 apareció la Internet y en los 2000 los smartphones y las redes sociales. En 2010 la revolución la protagoniza la inteligencia artificial y los datos masivos.

La Revolución digital en general y la de los datos en particular son dos de los mayores cambios de paradigma a nivel global que impactan fuerte y transversalmente en todas las actividades de nuestras sociedades. (Mirassou Canseco & Hadad, 2019)

Con la revolución digital aparece en el mercado una nueva modalidad de contratación, diferenciada de los modos tradicionales, específicamente se trata de una forma distinta de realizar las transacciones comerciales, siendo denominado este tipo de comercio como "electronic commerce" o "e-commerce".

El avance de las tecnologías de la información y comunicación ha desarrollado herramientas suficientes para la consolidación del comercio electrónico en nuestras vidas cotidianas, obligándonos a repensar conceptos tradicionales del Derecho. (Grover Dorado, 2016)

Hay distintas formas de comercio electrónico: Transacciones B2B entre empresas; transacciones B2C entre empresas y consumidores; y transacciones C2C entre consumidores entre sí.

Con la sanción de la ley 24.240 se incorpora a nuestro orden normativo lo relativo a las ventas por medios electrónicos. Ella hace referencia a la oferta dirigida a los consumidores y las características que debe presentar (art.7); determina que se entiende por venta por correspondencia (art. 33) y prevé la posibilidad de la revocación por parte del consumidor (art.34).

Luego con la ley de tarjetas de crédito, la ley 25.065, se regulan las transacciones realizadas a través de sistemas electrónicos de pago.

La ley 25.506 estableció la firma digital y regulo sobre las fuentes de legitimación de la firma, dándole eficacia en cuanto a su oponibilidad frente a terceros.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1105 establece la amplitud de la noción de contratos a distancia, encuadrando los casos actuales y la incorporación de nuevas situaciones producto del avance de la tecnología en el mundo de los negocios.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Para entrar al tratamiento de los contratos electrónicos es necesario delimitar ciertos conceptos previos necesarios para entender la temática.

La informática es una disciplina que estudia el tratamiento automatizado de la información. Por otro lado, la telemática es la ciencia que une la informática a las telecomunicaciones y es el camino que nos permite establecer prestaciones salvando distancias e idiomas.

Así la informática tiende a suprimir al papel como soporte de las operaciones que procesa, y las telecomunicaciones, a eliminar la necesidad de la presencia física de las partes. De allí que López del Carril los llame contratos telemáticos, una palabra sui generis que abarca los procesos mencionados. (Lopez del Carril, 1993)

La masificación de las operaciones y su contenido multinacional varía el carácter de la relación contractual típica, convenida y ejecutada con la presencia personal e igualitaria de las partes.

Los contratos electrónicos son los celebrados sin la presencia física de las partes, quienes prestan su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos. No se definen por su objeto, sino por el medio empleado para su realización.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, nos brinda la siguiente noción de contrato electrónico: El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial...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 caso, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla o se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar. Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso se transfiere un bien 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. (De Paolis, 2016)

El art. 1105 del Código Civil y Comercial de la Nación define a los contratos celebrados a distancia como "aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio televisión o prensa".

Paralelamente la ley 26.361 ubica a la compra celebrada por Internet en el Capítulo VII "De la venta domiciliaria por correspondencia y otras", equiparándola a la propuesta de venta en el domicilio del consumidor, sea que resida temporal o transitoriamente o bien en su lugar de trabajo.

Resulta aplicable a este tipo de contratos la ley 24.240 cuando derive de una relación de consumo. No será aplicable cuando los que adquieran, almacenen o utilicen bienes o servicios, lo hagan con la finalidad de integrarlos a procesos de producción, transformación o comercialización.

El objeto de los contratos realizados por medios informáticos se establece sobre cualquier bien o servicio con independencia de la función que cumple. Lo distinguible recae sobre el elemento técnico que permite el avenimiento de las voluntades con características propias.

La movilidad técnica propia de estas nuevas formas impone redefiniciones jurídicas. Hay que distinguirlo de los contratos de servicios o productos informáticos que, si bien tiene elementos singulares, no toma autonomía jurídica del concepto de contrato ni de las formas contractuales conocidas, siendo comprensible dentro del esquema de la compraventa, locación, leasing, cesión de uso, mantenimiento, prestación de servicios, en pos de la función del objeto.

Si se tratará de bienes y servicios informáticos estaríamos frente a un contrato informático celebrado por medios electrónicos. Como los click-wrap agreements que basan su validez en el acto de pulsar el botón de aceptación por el usuario y que se usan para comercializar software. (Fernandez Flores, 2015)

Los contratos de bienes informáticos son los que establecen prestaciones sobre hardware y software, elementos que forman un sistema informático. Y son servicios informáticos los que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática. Estos se definen por su objeto.

El principio de especialidad rige tanto para los contratos con objeto o a través de medios informáticos. Se advierte la importancia de la terminología aplicable por lo que debe dotarse a las palabras de un sentido claro y definido.

La modalidad más usual de celebración de contratos electrónicos es a través de los contratos click-wrap, aquellos en los que una de las partes manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones redactadas por la otra, mediante un simple click en la leyenda "Acepto", "Estoy de acuerdo" o similar, que aparece al final del documento escrito que se muestra en el dispositivo del usuario.

Estos contratos click wrap se utilizan además para otorgar licencias de otros productos digitales disponibles en la red como libros digitales, música, videojuegos. También es utilizado para la aceptación de servicios digitales como adherirse a una base de datos o una red social, obtener un espacio virtual para crear y moderar un blog, adherirse a una plataforma de compra-venta o subasta de bienes o servicios en línea.

Ha dicho la jurisprudencia: "La situación de desigualdad entre las partes, característica de los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente por

ignorancia técnica, no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone. En caso de duda, el contrato debe interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara para no confundir al adquirente". (Fernandez Delpech)

El fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza constituye una verdadera lección en materia de contratos informáticos, que se mantiene vigente a pesar del tiempo transcurrido. Criterios adoptados en el voto de Aída Kemelmajer de Carlucci en aquella sentencia de 1990 son hoy reproducidos por los tribunales nacionales en fallos más recientes. (Molina Quiroga, 2018).

Del mismo, se derivan conceptos claves para interpretar adecuadamente los contratos informáticos, tales como la asimetría informativa, la inferioridad del cliente, brecha tecnológica, las expectativas opuestas de las partes, y la caracterización como obligaciones de resultado de las prestaciones comprometidas por el proveedor.

Allí se sostuvo que, aunque el adquirente o usuario fuera una persona avezada en el ramo comercial de su actividad, generalmente carece de suficientes conocimientos y experiencia en materia de utilización de equipos de elaboración electrónica de datos.

Hay entre los contratantes una gran "brecha tecnológica" que se advierte hasta en la terminología empleada, poco comprensible para el hombre medio. El usuario, normalmente la mediana empresa, no conoce el vocabulario informático, ni las características de las computadoras, ni la forma o mecanismos para hacer una compra según sus necesidades.

También se afirmó que mientras el usuario es un "no profesional", el proveedor del servicio informático sí lo es, la situación de desigualdad entre las partes, característica de los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente, por ignorancia técnica no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone.

El usuario y el suministrado de un servicio informático se aproximan a la negociación con actitudes radicalmente diferentes: el primero espera del contrato un resultado funcional, una solución práctica adecuada a su problema; mientras que el segundo tiende a prometer una simple correspondencia del sistema a determinadas características y especificaciones técnicas. Es decir, el adquirente pretende del suministrador una verdadera obligación de resultados; el enajenante, en cambio cree estar obligado a una de medios.

Por ello se entendió que los contratos informáticos, en caso de duda deben interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara, para no confundir al adquirente, dado que recae sobre aquel una obligación de información y consejo.

Con anterioridad al fallo de la Corte mendocina, la sala E de la Cámara Comercial, entendiendo que las prestaciones informáticas integran un sistema, mencionó expresamente la garantía de compatibilidad entre soporte físico y soporte lógico y señaló que los vicios en esta materia no pueden ser juzgados con las pautas generales de los vicios redhibitorios. Al respecto se señaló que la secuencia de irregularidades en el funcionamiento del equipo de computación genera obligaciones a cargo del proveedor del equipo informático, quien explícita o implícitamente garantiza la compatibilidad de las especies vendidas. (Molina Quiroga, 2018)

Se introdujo un nuevo concepto de entrega y cumplimiento de la prestación, al sostener que en la compraventa de un equipo de computación no basta la mera entrega física del equipo adquirido, e inclusive no es suficiente la instalación y puesta en marcha, sino que, a los efectos de la aceptación del sistema y de la asunción de la obligación de pago, es necesaria la operación conforme del conjunto de los elementos componentes del sistema y su utilidad y adecuación a los fines previstos.

El programa de computación tiene naturaleza de ser un bien inmaterial, siendo las instrucciones contenidas en él, y no el soporte material, el objeto inmediato de las prestaciones.

En el mismo se ha dicho que el software, en tanto bien inmaterial, no se ajusta plenamente a las figuras jurídicas previstas para los bienes materiales o corpóreos, aunque es posible —en ausencia de legislación específica— aplicar las normas existentes para estas en cuanto regulen situaciones similares que admitan dicha extensión, asimilando los casos a contratos de obra, más que a una compraventa, sin perjuicio de la licencia de uso propia de los derechos intelectuales, y que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en cuanto a que el proveedor informático contrae una "obligación de resultado", que se traduce en asegurar la aptitud de tales elementos a los requerimientos hechos por el cliente para que con ellos este último llene la utilidad que persigue. Por ello en el caso de los contratos informáticos se trata de una responsabilidad de tipo objetiva, y el usuario solo debe demostrar la falta de obtención del interés que motivó el contrato, dicho de otro modo, el incumplimiento material o formal. De su lado, la proveedora, para eximirse de responsabilidad debe acreditar que el incumplimiento se debe a una causa exógena, es decir caso fortuito, culpa del usuario o de un tercero. (Molina Quiroga, 2018)

En los contratos informáticos el concepto de entrega debe ser estudiado con cautela ya que no se trata de simplemente de una cosa o una máquina, sino de sistemas, por lo cual deberá existir una conjunción armónica y un correcto funcionamiento de todas las partes que lo integran.

Es necesaria la entrega física, la puesta en funcionamiento y en estado operativo de todo el sistema habiendo pasado además satisfactoriamente el "test" de aceptación, con expresa conformidad del usuario. Esto es, cumpliendo en forma integral el fin para el que fue adquirido.

Se ha dicho con respecto al deber de asesoramiento y consejo, es dable exigirle al proveedor del servicio, en virtud de sus conocimientos tecnológicos, que advierta de forma fehaciente a la persona que contrata sus servicios, que los mismos son insuficientes a la finalidad que busca, para llegar a eximirse de responsabilidad. A diferencia de quién contrata sus servicios que no tiene los conocimientos para delimitar la conveniencia o no del negocio.

CONTRATO ENTRE PRESENTES Y ENTRE AUSENTES

La contratación electrónica forma parte de los contratos a distancia o entre ausente por la distancia geográfica entre las partes contratantes y el transcurso de un tiempo jurídicamente relevante entre la oferta y la aceptación.

Cuando las partes se hallan en diferentes lugares con imposibilidad de intercambiar declaraciones inmediatas, el medio utilizado para comunicarse impide al destinatario de la declaración conocerla de inmediato, por lo que hay un contrato entre ausentes. Lo que trae aparejado determinar el momento y el lugar en que el acuerdo se perfecciona. En los contratos entre ausentes se considera perfeccionado el contrato cuando el aceptante se desprendió de la aceptación, morigerada por la posibilidad de retractar la oferta si ella no ha llegado a poder del oferente.

Pero dada la instantaneidad en la comunicación que permiten las redes telemáticas actuales, es perfectamente posible la manifestación de voluntad de manera concomitante e inmediata, sin que transcurra un lapso considerable entre oferta y aceptación, de lo cual se colige que no toda contratación electrónica es exactamente asimilable a la categoría de contratos entre ausentes.

Dall'Aglio discrimina tres situaciones. La primera cuando el medio telemático es instrumento de transmisión de voluntades ya perfeccionadas; la segunda cuando este medio participa elaborando y exteriorizando la voluntad; y la tercera cuando es un lugar de encuentro de voluntades anteriormente perfeccionadas. (Lopez del Carril, 1993)

El primer caso es un contrato entre presentes por la inmediatez de la aceptación. El segundo también es entre presentes mientras que el medio técnico usado no frustre la celeridad del intercambio consensual. Y el último impone un contrato entre ausentes, debido a que las partes no pueden conocer la voluntad del otro en el momento.

Clasificación

Por un lado, tenemos el acuerdo de voluntades concluido por medios informáticos. El emisor se prevalece de una forma veloz y ágil al programar o establecer patrones de decisión. En este sentido hay que distinguir la voluntad ya perfeccionada y solo emitida por el ordenador, de la voluntad elaborada, perfeccionada y emitida por el ordenador.

Por otro lado, tenemos la prestación telemática establecida en un contrato subyacente celebrado de manera tradicional, siempre que dicha prestación por su génesis, naturaleza jurídica u otros factores, sea susceptible de generar un contrato telemático o informático.

Bibiana Luz Clara ha identificado dos tipos de contrato informáticos. Los contratos hechos a medida del cliente. En este caso, las dos obligaciones principales a tener en cuenta entre las partes son el deber de información, el de lealtad y colaboración. Deberá indicarse claramente lo que se quiere o necesita de la manera más detallada posible. Durante las distintas etapas de este tipo de contratación, el deber de las partes consiste en facilitar las tareas con la finalidad de lograr el resultado deseado, basándose siempre en el principio de buena fe. Y los contratos tipo referidos a software enlatado. Estos son típicos contratos de adhesión, en los cuales el cliente no puede negociar las condiciones que se le proponen ni los términos del contrato siendo su única opción aceptar o no, muchas veces haciendo solo un simple clic con el mouse.

Los contratos electrónicos pueden ser clasificados también según el tipo de relación que tienden a regir: relaciones entre comerciantes y consumidores (business to consumer o B2C), entre consumidores (consumer to consumer C2C) o entre comerciantes (business to business B2B).

FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En materia contractual rige el principio de autonomía de la voluntad (art. 957, 959 y 2651 del C.C.C.N.). El fundamento del mismo radica no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en el respeto hacia el orden público económico, pues la mayoría de las relaciones jurídicas nacen y dependen de la fuerza obligatoria de los contratos. (Grover Dorado, 2016)

La autonomía de la voluntad presupone que tales actos jurídicos hayan sido efectuados con discernimiento, intención y libertad, si tales estuvieran ausentes generan nulidad por vicio en la voluntad, sea por error, dolo o violencia (art.267 a 278 C.C.C.N.).

Además, es necesario que exista una manifestación de esa voluntad (art.260 C.C.C.N.) oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art.262 C.C.C.N.) o una manifestación tácita a través de actos por los cuales se puede conocer la voluntad con certidumbre (art.264 C.C.C.N.).

El consentimiento, elemento esencial del contrato, determinado por la convergencia entre una oferta y una aceptación válidamente expresada (art.971, 972 y 978 C.C.C.N.), se manifestaba a través de agentes o por medio de correspondencia epistolar en el Código de Vélez, sin embargo, no llegaba a cubrir las comunicaciones electrónicas, que permiten una celebración a partir de una voluntad consensual instantánea.

El C.C.C.N. establece que la oferta hecha a una persona presente o formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, solo puede ser aceptada inmediatamente (art.974 C.C.C.N.). De esta forma se equipara a los contratos entre presentes los que son celebrados por medio de una comunicación instantánea.

En el art. 973 C.C.C.N. se regula la invitación a ofertar, que resulta aplicable dentro del ámbito comercial electrónico en los casos de los sitios web, que muestran catálogos de productos u ofrecen servicios dirigidos a personas indeterminadas. Y si fueran dirigidos a consumidores, la oferta es vinculante en todos sus términos (art.7 ley 24.240).

En cuanto a la aceptación, una de las principales modificaciones del C.C.C.N. es la consagración de la teoría de la recepción de la aceptación de la oferta (art.971 y 980 C.C.C.N.), por sobre la teoría de la expedición, considerando actualmente que la manifestación de voluntad de una de las partes es recibida por la otra cuando esta la conoce o debió conocerla.

Cambió que devino en necesario por la irrupción de nuevas formas de contratación en razón de que las comunicaciones instantáneas, en muchos casos, suprimen la diferencia temporal entre la expedición y la recepción de la oferta.

La aceptación puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella según el art.981 C.C.C.N.

Los artículos mencionados permiten inferir que los contratos celebrados por medios electrónicos pueden perfeccionarse de acuerdo a las reglas de los contratos entre presentes, siempre y cuando exista una comunicación interactiva que permita manifestar la voluntad de manera instantánea. Si no hay una comunicación interactiva instantánea se regirá por las reglas de los contratos entre ausentes.

FORMA Y PRUEBA

Los fenómenos voluntarios deben exteriorizarse de manera que sea socialmente apreciable e imputable a un hombre. El neo-formalismo apunta a la publicidad en cuanto afianzamiento de las relaciones, la seguridad jurídica y la prueba de los contratos. Hay una tendencia cada vez más acentuada a imponer formas menos constitutivas y sacramentales.

El C.C.C.N. estipula que siempre que no exista forma alguna impuesta por la ley, la manifestación de la voluntad puede realizarse por cualquier medio que las partes estimen conveniente, rigiendo en plenitud el principio de libertad de formas (art.284 C.C.C.N.).

La contratación por medios telemáticos se basa en mensajes emitidos y recibidos mediante códigos, claves y sistema de redes, no hay un papel que contenga la declaración de voluntad de las partes con la firma de ellas.

Pero el documento electrónico no es el concepto de escritura entendida en el pasado, no es el visualizado en la pantalla de un monitor de video, ni lo que se imprime. La forma electrónica es

propia y distinguible de la que se expresa sobre un papel. Se trata de impulsos electrónicos que simbolizan un lenguaje.

El hecho de que no sea escritura en el sentido generalmente extendido, no evita la asimilación jurídica que se hace de un sistema de expresión de la voluntad al otro, a efectos de dotarlo de validez.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ley 22.765, dispone en su art. 13 que, a los efectos de esta, la expresión por escrito comprende el telegrama y el télex.

Según la Real Academia Española, télex es un sistema telegráfico de comunicación, que se sirve de un transmisor semejante a una máquina de escribir y de un receptor que imprime el mensaje recibido. (Española)

Cualquier contrato podría ser realizado por medios electrónicos, además de estar consagrada por la ley 25.506 en su art. 6, la equivalencia funcional de los documentos digitales a los documentos escritos.

Sin embargo, existen algunos contratos que por imperativo legal no pueden ser celebrados por medios electrónicos ya que la ley ha requerido la existencia de alguna formalidad en su celebración, como los contratos de compraventa de bienes inmuebles que deben ser realizados por escritura pública ante escribano, en la medida que no se ha implementado la escritura pública electrónica

La firma como elemento esencial de la expresión escrita, queda satisfecho con el uso de la firma digital que asegura la autoría e integridad del instrumento (art.288 C.C.C.N.).

De acuerdo a la ley 25.506 un documento firmado digitalmente hace presumir, salvo prueba en contra, que la firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma y que es íntegro, al constatar el procedimiento de verificación de firma digital del cual resulte que el documento no fue modificado.

De esta forma la carga de la prueba se invierte, será quién alegue que la firma no corresponde al titular del certificado digital o que el documento digital ha sido alterado desde su firma, quien deba acreditar tales extremos.

Según los usos y costumbres, la firma digital no es usada habitualmente en el comercio electrónico, máxime si se trata de contratos B2C o C2C.

Los usuarios normalmente manifiestan su consentimiento a través de una firma electrónica (art.5 25.506), que equivale a un instrumento particular no firmado (art.287 y 288 C.C.C.N.), lo cual supone que su valor probatorio estará supeditado a la ponderación de pautas establecidas en el art. 319 C.C.C.N. Además, importa la exclusión de las presunciones de autoría e integridad a nivel probatorio, pues la legislación exige que, en caso de ser desconocida la firma electrónica, corresponde a quién la invoca acreditar su validez (art.5 ley 25.506). El firmante es el que debe acreditar que elaboro el documento electrónico, lo envió, recibió, que no fue alterado, ni interceptado.

Si se trata de contratos formales, la exigencia probatoria estará mitigada si existe principio de prueba instrumental (art.1200 C.C.C.N.). (Grover Dorado, 2016)

En el caso de los contratos de adhesión, el predisponente se encuentra en mejores condiciones de probar. Según Prenafeta Rodríguez, se deberá probar la existencia y contenido de dichas

condiciones generales, además de la correspondencia entre la información dada, la entregada y su justificación documental.

En cuanto a la prueba de la efectiva aceptación de dichas condiciones, puede darse que una tercera parte archive las declaraciones de voluntad de los contratos electrónicos, consignando fecha y hora, acreditando aceptación de la recepción del producto en el domicilio o dirección de correo electrónico o a través de la descarga en el ordenador del comprador. Un claro ejemplo es la información que nos aportan los sistemas de pago utilizados, como el pago del precio del producto a través de tarjeta de crédito.

LOS TERCEROS DE CONFIANZA

Son certificadores y depositarios de documentos electrónicos, mediante sistemas informáticos vía web, ya sean públicos o privados. Implementan tecnología como la firma electrónica, el sellado de tiempo (timestamp), conexiones seguras y mecanismos de depósito electrónico en forma conexas, en atención a determinados estándares de seguridad. Reciben, custodian y ponen fecha al documento electrónico.

El fin de estos certificadores es atestiguar la ocurrencia de hechos y actos jurídicamente relevantes suscitados en el mundo virtual, para darles valor probatorio e incorporarlos a un proceso judicial. Es una solución a la fugacidad de la prueba electrónica y por la imposibilidad de recurrir a la diligencia de un notario público para constatar un hecho acaecido en el mundo virtual.

Su utilidad la vemos en la necesidad de establecer mecanismos idóneos para la custodia y protección de los documentos generados a través de esta nueva metodología de transacción comercial, además en la certificación de los mismos para ser utilizados como medios probatorios ante eventuales litigios que surjan de su celebración.

El tercero de confianza actúa como agente externo y ajeno a la relación contractual y es elegido de mutuo acuerdo por los interesados. Revisten la naturaleza jurídica de ser meros depositarios, lo que da origen a contratos de depósitos onerosos.

Lo esencial de este tipo de servicio es la conservación, custodia y autenticación de cualquier declaración de voluntad en formato electrónico, conforme el cumplimiento de protocolos electrónicos internacionales de seguridad necesarios.

El decreto 182/19 regulador de la ley 25.506 establece una primera concepción y como devendrá su aplicación práctica en la Argentina. Ya existen empresas en nuestro país que ofrecen estos servicios a través de sus portales web.

El contrato electrónico celebrado bajo la órbita del tercero de confianza constituye instrumento que establecerá inicialmente la validez y autenticidad de los actos o hechos jurídicos contenidos en los mismos, siendo factible su presentación en cualquier procedimiento judicial como prueba documental y requiriéndose su valoración a través de un dictamen pericial informático. Para Gastón E. Bielli son documentos electrónicos firmados.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN EL DERECHO DE CONSUMO

El C.C.C.N. define en su articulado a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales como a los contratos celebrados a distancia y los medios electrónicos resultan idóneos para su conclusión.

En el mismo sentido de admisibilidad de los contratos electrónicos se pronuncia la ley 24.240 y sus modificatorias, a pesar de utilizar conceptos distintos a los del C.C.C.N., utilizando los términos "venta por correspondencia" (art. 33 LDC) y "venta domiciliaria" (art. 32 LDC).

En el consentimiento observamos modificaciones acordes a las características propias de una relación de consumo, de esta forma la oferta, el deber de información y la revocación de la aceptación gozan de una regulación específica.

La oferta debe tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, el tiempo que permanezca accesible al destinatario según el art.1108 C.C.C.N.

La ley de defensa del consumidor (LDC) dispone que la oferta pública e indeterminada sea vinculante para el proveedor durante el tiempo en que se realice, debiendo tener fecha precisa de comienzo y finalización, así como sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación es eficaz difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. Su no cumplimiento es pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de dicha ley.

La publicidad que realizan los proveedores a través de los medios de comunicación juega un rol importante en la formación del consentimiento contractual. Según lo establece el tanto el art. 1103 C.C.C.N. y el art. 8 L.D.C., con idéntica redacción, "las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor". Asimismo, agrega el citado artículo de la L.D.C. que "en los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente". (Grover Dorado, 2016)

El C.C.C.N., por su parte, prohíbe en el art.1101 ciertos tipos de publicidad, aquellas que induzcan a error, sean abusivas, discriminatorias o induzcan al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Agrega también que los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados, podrán interponer acciones judiciales que persigan la cesación de la publicidad ilícita, la publicación a cargo del demandado de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (art. 1102 CCC).

El C.C.C.N. prevé la obligación genérica del proveedor de informar al consumidor el contenido mínimo y esencial del contrato. Cuando se utilizan técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, deben informarse todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (art. 1107 C.C.C.N.).

En el mismo sentido, la L.D.C. establece de manera genérica el derecho del consumidor a recibir información cierta, clara y detallada sobre todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios a los que accede, y las condiciones de su comercialización. Prevé la gratuidad de dicha información para el consumidor en soporte físico o cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición, siempre y cuando el consumidor o usuario haya optado de forma expresa tal medio (art. 4 L.D.C.).

La reforma al art. 38 L.D.C., relativo a los contratos de adhesión o en formularios, dispone una nueva obligación para los prestadores de bienes o servicios, consistente en la publicación en su sitio web de un ejemplar del modelo de contrato a suscribir, como así también su disponibilidad en sus locales comerciales, debiendo entregar sin cargo y con antelación a la contratación, un ejemplar del modelo del contrato siempre que el consumidor así lo solicite. (Grover Dorado, 2016)

En la práctica, con ayuda de la ingeniería informática, se utilizan diversas formas para poner de manifiesto la voluntad del usuario, a fin de garantizar una prueba eficaz. En la página web el contrato se presenta arriba y los botones de aceptación abajo, o la opción de aceptación es liberada después de corrido todo el contrato a través de la barra lateral (scrow roll), la sección ya empieza con la opción marcada en "no acepto", haciendo que el usuario tenga que obligatoriamente cambiar la opción para seguir. De estas formas se busca que el consentimiento y su manifestación sean eficaces.

Se ha pronunciado la jurisprudencia norteamericana en varios casos, en los que se ha admitido la existencia de eficacia jurídica en estos contratos, al entenderse que al "aceptar" a través de la pantalla se manifiesta consentimiento y constituye una aceptación on-line; que efectivamente se firmó el contrato oprimiendo el botón "acepto"; y que por ese medio fue celebrado un contrato, como el leading case "Hotmail vs Van\$ Money Pie". (Grover Dorado, 2016)

En la Unión Europea, la Directiva 2011/83/UE ("Directiva sobre los derechos de los consumidores"), dispone expresamente la inclusión de los contratos electrónicos bajo el concepto amplio de "contratos a distancia" (art. 2 inc. 7), además incluye a los contratos cuyo objeto es un "contenido digital" (debe entenderse por tal a datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos) independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios, además de establecer una detallada regulación del procedimiento de contratación por Internet, que incluye disposiciones relativas a: la obligación de informar al consumidor (art. 6), en particular en los contratos celebrados por medios electrónicos, "de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido" (art. 8 inc. 2); los requisitos formales de los contratos a distancia (art. 8), entre los que destacan la confirmación expresa del consumidor de que es consciente de su obligación de pago previo a efectuar un pedido, el etiquetado fácilmente legible con la expresión "pedido con obligación de pago" o una formulación no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante cuando el pedido se hace activando un botón o función similar (art. 8 inc. 2), la indicación de modo claro y legible de restricciones de entrega y modalidades de pago aceptadas (art. 8 inc. 3), la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable (art. 8 inc. 4); el derecho de desistimiento (arts. 9 a 16), con las naturales excepciones establecidas para "el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega" (art. 16 inc. i), y para "el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento" (art. 16 inc. m); la eliminación de tasas por utilización de ciertos medios de pago (art. 19); la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro en los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor (art. 20); la prohibición de las "opciones por defecto" para pagos adicionales (art. 22); la eximición de pago respecto del consumidor que no solicitó el suministro de algún servicio de contenido digital (art. 27); entre otras. (Grover Dorado, 2016)

La Jurisprudencia nacional se ha pronunciado para justificar la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes en los click-wrap agreements que "En los contratos informáticos la aceptación queda sujeta a la posibilidad de verificar -previamente- por parte del adquirente las condiciones generales de contratación. Dichas condiciones generales y su aceptación constituyen un documento electrónico. Para respaldar su legitimidad, se ha utilizado la modalidad de presentarlas de modo inevitable o forzoso para el usuario a fin de acreditar que las tuvo que leer antes de contratar. Ello servirá como 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. (Grover Dorado, 2016)

En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato (1110 C.C.C.N.). La notificación de tal revocación al proveedor debe hacerse por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo referido (art. 1112 C.C.C.N.).

Resulta casi idéntica la redacción del art. 34 L.D.C., conforme al cual, para las ventas domiciliarias y por correspondencia, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Inclusive la L.D.C. va más allá, al disponer que el vendedor cargue con la obligación de informar por escrito al consumidor de la facultad de revocación en forma clara y notoria.

El C.C.C.N. reglamenta los efectos de la revocación: si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido (art. 1113 C.C.C.N.); la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último (art. 1114 C.C.C.N.); el ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.

Cabe destacar, por último, que la revocación de la aceptación, no obstante, salvo pacto en contrario, goza de una excepción específica para cierto tipo de contratos electrónicos, pues se trata de bienes inasibles que no admiten devolución: los contratos de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente. (Grover Dorado, 2016).

ADHESIÓN A CLÁUSULAS GENERALES PREDISPUESTAS

Todo contrato electrónico de adhesión, sea de consumo o no, debe cumplir con ciertos requisitos formales y sustanciales mínimos en relación a las cláusulas generales predispuestas que lo integran.

Las cláusulas deben ser comprensibles y autosuficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible; se entienden no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art.985 C.C.C.N.).

Estos instrumentos son hechos de manera estandarizada, buscando abarcar la mayor cantidad de usuarios posibles, son hechos en masa. La autonomía de la voluntad queda limitada a la simple aceptación de todos los términos del contrato para su conclusión y perfeccionamiento, o a la no aceptación, quedándose el usuario sin el servicio o producto deseado.

Si bien la contratación electrónica se encuentra ahora más regulada por normas expresas del CCC y la LDC, todas ellas con la suficiente flexibilidad en materia de consentimiento contractual, debe advertirse una limitada autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión.

Evidentemente, dejar a la parte más débil una mera posibilidad de contratar o no, sin siquiera poder discutir el contenido de cualquier cláusula impuesta por la parte más fuerte de la relación de consumo, constituye una gran restricción a la voluntad. No obstante, esta desigualdad per se no alcanza para invalidar un contrato. En todo caso, para compensar una desigualdad fáctica, será menester que el ordenamiento jurídico equilibre la balanza a través de una desigualdad jurídica que consista en una tutela favorable a los intereses de los consumidores. (Grover Dorado, 2016)

PRÁCTICAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Durante el iter contractual pueden ocurrir ciertas prácticas comerciales que limitan, restringen, tornan difusos o niegan derechos a los consumidores. Puede ocurrir que el contrato contenga cláusulas abusivas o que exista alguna situación jurídica abusiva.

El art. 1119 C.C.C.N. define a una cláusula abusiva como aquella que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

El art. 1120 C.C.C.N. considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el perjuicio provocado al consumidor, se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

El art. 8 bis de la L.D.C. establece una obligación al proveedor de garantizar condiciones de atención, trato digno y equitativo a consumidores y usuarios. Y en el mismo sentido se expresa el art. 1097 del C.C.C.N., que, además, señala el deber de abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Una práctica muy común es el incumplimiento del deber de información (art.4 L.D.C.), el consumidor tiene poca o nula información antes de celebrar un contrato y el proveedor tiene la obligación de suministrarle en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee; y que tal suministro debe ser gratuito.

En este mismo sentido, la Resolución de la Secretaría de Coordinación Técnica N°104/2005 del Ministerio de Economía y Producción, que incorpora a la legislación nacional la Resolución N° 21 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet, establece que, concretamente, el proveedor deberá proporcionar al consumidor, en su sitio en Internet, en

forma clara, precisa y fácilmente advertible, la información que a continuación se detalla: a) Características del producto o servicio ofrecido conforme a su naturaleza; b) Disponibilidad del producto o servicio ofrecido, así como las condiciones de contratación del mismo y en su caso las restricciones y limitaciones aplicables; c) El modo, el plazo, las condiciones y la responsabilidad por la entrega; d) Los procedimientos para cancelación de la contratación y acceso completo a los términos de la misma antes de confirmar la transacción; e) El procedimiento de devolución, intercambio y/o información sobre la política de reembolso, indicando el plazo y cualquier otro requisito o costo que derive del mencionado proceso; f) El precio del producto o servicio, la moneda, las modalidades de pago, el valor final, el costo del flete y cualquier otro costo relacionado con la contratación, dejando expresa constancia que los posibles tributos de importación que resulten aplicables, no se encuentran incluidos en el mismo; g) Advertencias sobre posibles riesgos del producto o servicio; h) El procedimiento para la modificación del contrato, si ello fuera posible. (Grover Dorado, 2016)

Asimismo, se dispone complementariamente que el proveedor debe proporcionar al consumidor en su sitio en Internet, de manera clara, precisa, y de fácil acceso, al menos, la siguiente información: "a) Denominación completa del proveedor; b) Domicilio y dirección electrónica del proveedor; c) Número telefónico de servicio de atención al cliente y, en su caso, número de fax y/o correo electrónico; d) Identificación del proveedor en los registros fiscales y/o comerciales que correspondan; e) La identificación de los registros de los productos sujetos a sistemas de autorización previa; f) El plazo, la extensión, las características y las condiciones a la que está sujeta la garantía legal y/o contractual del producto según corresponda; g) Copia electrónica del contrato; h) El nivel de seguridad utilizado para la protección permanente de los datos personales; i) La política de privacidad aplicable a los datos personales; j) Métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos; k) Las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato".

De acuerdo a los usos y costumbres en el comercio electrónico, la automatización de los procesos de adquisición de bienes y servicios, que reflejan una pulsión de consumo inmediato, provoca que no se informe debidamente al consumidor.

Por las dimensiones, disponibilidad y diseño del sitio web y/o plataformas de intermediación entre compradores y vendedores, existen limitaciones para brindar información, detallada y, por tal motivo, el proveedor debe remitir al consumidor a otra fuente de información, normalmente, un enlace o número telefónico.

Es usual que el texto del contrato al que el consumidor pretende adherir aparezca en idioma extranjero, o con deficiencias en la traducción o en el formato o en su redacción, de modo tal que lo hagan inentendible, sobre todo cuando se trata de proveedores con presencia multinacional. Además, algunos pueden incluir lenguaje técnico que escapa al entendimiento de un consumidor promedio. Todo ello, claramente contraviene el artículo 10 L.D.C., que prescribe que "la redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible", y el art. 985 C.C.C.N., que exige que las cláusulas generales predispuestas deban ser "comprensibles y autosuficientes", como así su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Será de aplicación lo prescripto por la Resolución 906/9835 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería, relativa a la adopción de ciertas medidas en relación a los contratos escritos de consumo, a los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generan derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, y a las informaciones que brinden por escrito los proveedores a los consumidores. (Grover Dorado, 2016)

La disponibilidad del texto legal del contrato posterior a la adquisición del producto o servicio y la remisión mediante enlaces o hipervínculos, transgreden el art. 10 L.D.C., particularmente cuando se dispone que la redacción no podrá contener reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente, y que, cuando se incluyan cláusulas adicionales, estas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. En el mismo sentido, se pronuncia el art. 985 C.C.C.N. por el cual se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Mostrarle al usuario el texto del contrato sin darle la opción de aceptar mediante un click, no basta para el perfeccionamiento de un contrato, se requiere una acción positiva del usuario. Tampoco basta 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, un recurso utilizado por muchos sitios web que, a excusa de hacer más sencillo para los usuarios los pasos a seguir para realizar con éxito las transacciones, terminan por llevar a su máximo nivel al proceso de automatización de la expresión de la voluntad.

Creemos que lo correcto sería que la opción de "Aceptar", aparezca al final del texto, que requiera que el usuario baje (scroll down) hasta el final del mismo para encontrarse con ella, y que no aparezca marcada o en todo caso aparezca marcada la opción de no aceptar, de modo que requiera de una acción positiva que no deje lugar a dudas de la verdadera voluntad del usuario. (Grover Dorado, 2016)

Otra práctica muy habitual es dejar cláusulas adicionales fuera del cuerpo principal del contrato haciéndose mención de su existencia o remisión de ellas a través de un link o hipervínculo. Se induce al consumidor mediante alguna de las disposiciones que se muestran en el cuerpo principal del contrato a aceptar cláusulas adicionales, presumiéndose que el usuario las ha leído previamente. Será útil la aplicación del art. 10 L.D.C., en la parte que alude a que la redacción debe ser sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente.

También es dable señalar de la inexistencia de previsión de garantía o de asesoramiento posterior en los contratos electrónicos que el consumidor celebra con prestadores internacionales no radicados en el país, ante un defecto en un producto o una mala prestación del servicio contratado, contraviniendo lo dispuesto por el art. 10 inc. d), 11 y 12 (cuando se trata de cosas muebles no consumibles), 23 y 24 LDC (cuando se trata de servicios).

La inexistencia de posibilidad de dar de baja el servicio contratado por el mismo medio a través del cual se contrató viola el artículo 10 ter de la L.D.C., por lo que, si se contrató por medios electrónicos, por ejemplo, en el sitio web del proveedor, debería estar disponible el mismo medio para rescindir el contrato suscripto.

Los contratos electrónicos de adhesión de los que emergen relaciones de consumo pueden dar lugar también a las cláusulas abusivas definidas por el art. 1119 C.C.C.N. El art. 988 C.C.C.N. en materia de derecho de consumo deben tenerse por no escritas: las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

En el mismo sentido el art. 37 L.D.C. dispone que se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; y las

cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Es muy habitual encontrar cláusulas de prórroga de jurisdicción y competencia, que suelen beneficiar los intereses del proveedor al establecer que será el del lugar donde el tenga su asiento principal, perjudicando los intereses del consumidor, al aplicársele una ley extraña y una competencia de difícil o imposible acceso, por los costos derivados de un eventual reclamo judicial.

Estas cláusulas implican una elusión inaceptable de la legislación nacional, amén de constituir una renuncia o restricción de los derechos del consumidor o una ampliación de los derechos del proveedor de red social (art.37 inc. b L.D.C.). Asimismo, tales cláusulas podrían afectar el principio de gratuidad en el acceso a la justicia (art. 53 L.D.C.) al imponer al consumidor la carga económica de un eventual litigio en el extranjero. (Grover Dorado, 2016)

También es usual que el predisponente establezca un lugar de cumplimiento favorable a sus intereses y perjudicial para el consumidor, el art. 1109 C.C.C.N., de aplicación al caso particular, es explícito en tal sentido: "En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita".

Con respecto a las políticas de privacidad (condiciones de protección de datos), que se incluyen cuando los contratos tienen por objeto el suministro de contenido digital y requiere una recolección y procesamiento de datos personales, suelen estar en documentos separados y en realidad son cláusulas que integran el contrato principal, esenciales a los fines de informar al usuario si existe una base de datos en la que se van a incluir sus datos personales, quién es el responsable de la misma, cuál va a ser la finalidad, si se van a ceder o no y a quién, y cuáles son sus derechos.

Estas políticas pueden encontrarse reñidas con las disposiciones de orden público de la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales como en materia de consentimiento del titular de los datos, de tratamiento de datos sensibles, de derechos del usuario de informarse, acceder, rectificar, actualizar y/o suprimir sus datos personales erróneos o falsos, generando así una disparidad en el equilibrio contractual que implique una renuncia de derechos del consumidor o una ampliación de los derechos del proveedor de red social y que dé lugar a una cláusula abusiva. (Grover Dorado, 2016)

Dentro de la contratación de servicios informáticos que permiten al usuario subir y personalizar contenidos digitales, normalmente con el objeto de compartirlo con otros usuarios (blogs, video juegos en red, redes sociales), una de las cláusulas que usualmente se manifiestan como leoninas por constituir una renuncia a derechos del usuario son aquellas que otorgan de manera irrevocable, perpetua y con licencia mundial, los derechos sobre el material del usuario al proveedor del servicio informático, quien, a su vez, ve ampliados sus derechos a disponer libre e irrevocablemente de derechos de propiedad intelectual, cuando en realidad, la licencia debiera ceñirse a otorgar una autorización para que el proveedor pueda disponer de dicho material con la única y exclusiva finalidad de prestar el servicio al usuario en los términos explicados las condiciones generales de contratación. (Grover Dorado, 2016)

Cabe destacar que, si el contenido de propiedad intelectual involucra datos personales y/o derecho a la imagen y/u otros vinculados con derechos personalísimos, las consecuencias patrimoniales derivadas de su violación no pueden ser fijadas como daño directo por la Autoridad

de Aplicación (art. 40 bis L.D.C.), rigiendo el principio de reparación plena (art. 1740 C.C.C.N.). (Grover Dorado, 2016)

Por otro lado, no hay obstáculos legales para las "cláusulas compromisorias", que tienen por objeto prever un arbitraje como mecanismo de solución de disputas que surjan en caso de incumplimiento contractual. Pero ellas no deben limitar el ejercicio de acciones judiciales o condicionar el ejercicio de derechos de los consumidores.

Aquellas cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible, serán consideradas abusivas.

En relación a la responsabilidad contemplada por la L.D.C., sea cuando existe una deficiente prestación del servicio (art. 23 L.D.C.), o cuando resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (art. 40 L.D.C.), ambas en perjuicio del consumidor, cabe resaltar que aquella será solidaria para el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

La solidaridad aplica a los daños patrimoniales y no a los daños derivados de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales (Art. 40 bis in fine L.D.C.). Aquí rigen los principios generales de la responsabilidad civil (arts. 1708 y ss. C.C.C.N.).

Para todos los casos vistos, resulta aplicable el art. 10 del C.C.C.N. cuando tales cláusulas constituyan un abuso del derecho, cuando se contrarían los fines del ordenamiento jurídico o se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El 1118 C.C.C.N. las cláusulas, emerjan o no de contratos de adhesión, pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor. El límite legal está dado por el art. 1121 C.C.C.N. cuando dispone que no sean declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; y las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

El art. 1122 C.C.C.N. establece una serie de pautas a tener en cuenta en relación al control judicial de estas cláusulas. Y el art. 37 L.D.C. establece que los términos abusivos se tendrán no convenidos, sin perjuicio de la validez del contrato y de su eventual integración en sede judicial.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El uso de Internet ha generado un crecimiento exponencial del volumen y tipo de datos. Estos son producidos a gran velocidad y de forma continua por nosotros y a través de transacciones diarias realizadas con nuestros celulares, computadoras y tablets.

La inteligencia artificial la encontramos en todos lados, desde correctores ortográficos en nuestros dispositivos electrónicos; diccionarios predictivos; reconocimiento facial para validar nuestra identidad; el reconocimiento de la huella dactilar en nuestros móviles como contraseña para acceder a nuestros móviles; hasta la predicción de nuestros gustos personales que hacen las redes sociales a través del almacenamiento de nuestros patrones de búsqueda y de visitas, además de traernos publicidad del producto que previamente buscamos.

La inteligencia artificial también está cambiando el pensar jurídico contemporáneo. Su uso en buscadores de jurisprudencia, legislación, su implementación en los sistemas informáticos en los juzgados, es solo una pequeña parte de todo su potencial.

Frente a la Revolución Digital y la creación masiva de datos se postula la necesidad de herramientas que los analicen, lleven a cabo su procesamiento e identifiquen lo relevante. Estas herramientas tecnológicas ya existen y solo falta optimizar su uso y generar valor.

El nuevo paradigma de la inteligencia artificial que ya ha entrado en el mundo de los servicios financieros y que está incursionando en el mundo de los servicios jurídicos como por ejemplo el programa de inteligencia artificial Prometea creado por la Facultad de Derecho de la UBA, en conjunto con el Ministerio Público Fiscal de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

La utilidad de la inteligencia artificial se ve reflejada en el ámbito del derecho en la multiplicidad y diversidad de antecedentes que se pueden recoger sobre cada tema y la necesidad de usar la rapidez de los buscadores que permitan obtener información para el análisis de problemas legales.

Frente al fenómeno del Big Data, el cual puede definirse como un proceso de recolección de datos en grandes cantidades y cuyo análisis se efectúa por medios no tradicionales (Asorey, 2019), la aplicación de la inteligencia artificial está motivada a mitigar las situaciones que se producen en distintas disciplinas jurídicas, ante el agobio de la multiplicidad de datos para resolver problemas concretos.

Si bien la inteligencia artificial permite analizar en segundos toda la normativa, jurisprudencia y doctrina de un determinado tema, podría ser eliminada la subjetividad en la resolución de un caso, es decir aplicarse en los procesos judiciales por parte del juzgador, como por parte de los abogados litigantes prescindiendo de la subjetividad.

No hay que perder el norte de que la aplicación de esta tecnología al derecho debe tener como objetivo facilitar el trabajo al aplicador del derecho o del asesor en derecho, pero no puede pretender reemplazar la subjetividad humana con la finalidad de obtener una respuesta. No es posible encontrar soluciones a los conflictos que el derecho presenta sin el discernimiento humano de la cuestión.

Es más, la recolección de mayores datos no es garantía de que sean relevantes y que sean capaces de ponerse al servicio de la justicia.

Por otro lado, el big data puede solidificar el status quo, pues mientras la memoria biológica es un sistema fantástico de filtración y organización de la información, que recuerda lo importante, olvida lo insignificante, reconstruye el pasado constantemente y le da distintos valores a distintas memorias, las memorias digitales lo recuerdan todo sin reinterpretarlo, ni valorarlo, es la antítesis de la memoria biológica. (Asorey, 2019)

Los operadores jurídicos podrán recurrir a la inteligencia artificial, pero las decisiones que se tomen van a tener que pasar por la subjetividad del sentenciante. Ya sea para aplicar inteligencia artificial a la resolución de una sentencia o al momento de ejecutar tareas profesionales de asesoramiento.

De esta forma se usa como medio para formular juicios informados, pero no significa que sustituye el discernimiento en la interpretación y la aplicación del derecho.

LOS ALGORITMOS Y BLOCKCHAIN

La inteligencia artificial procesa datos a través de algoritmos. Los algoritmos son un conjunto de instrucciones, un esquema ejecutivo, donde se almacenan todas las opciones de decisión en función de los datos que se vayan conociendo.

En el algoritmo vemos la descripción de las opciones que representa tal esquema y todas están conectadas entre sí. Cada eventualidad tiene descripta su consecuencia a través de un intercambio automático de datos.

La cadena de bloques o blockchain esta creada por algoritmos de consenso que le dicen al sistema que pasos seguir para producir los resultados deseados, es el que verifica los balances, las firmas, confirma las transacciones y ejecuta la validación de los bloques. Por otro lado, el protocolo de blockchain define la forma en la que van a interactuar los nodos, como se transmiten los datos y los requisitos para que una validación de bloque sea efectiva.

Es una base de datos descentralizada ya que la información esta replicada en todos los ordenadores de los usuarios, en múltiples equipos con acceso independiente a la información, en forma encriptada. Encriptar es la acción de bloquear los datos con un código secreto que oculta su verdadero significado.

Además, la base de datos tiene la particularidad de ser inalterable porque al registrarse la información genera códigos únicos que se guardan en todos los ordenadores o nodos de la red, y que modificada la información cambia su código único por otro código único registrados en todos los nodos, de esta forma puede corroborarse su autenticidad y si fueron o no alterados.

Para que la transacción sea válida debe aparecer escrita exactamente igual y al mismo tiempo en todos los nodos de la red. Lo mismo pasa con cada nuevo bloque de información, es necesario dotarlo de la autenticidad del viejo bloque para ser parte de la cadena. Todos los bloques de la cadena utilizan un código único, una contraseña llamada hash, y cada uno se agrega a un listado de todas las transacciones realizadas previamente que forman la cadena de bloques.

El encadenamiento de los datos y sus claves criptográficas requiere para ser fraguada que todos los servidores se pongan de acuerdo en la defraudación y su realización debe ocurrir al mismo tiempo en todos los nodos sin que los operadores se conozcan entre sí.

PARADIGMA CONTRACTUAL INTELIGENTE

Las características de la tecnología blockchain hace posible pasar de una Internet que solo intercambia información, a una Internet que intercambia valor. En blockchain pueden registrarse operaciones, fechas, cantidades, participantes y cosas que tengan valor como dinero, acciones, bonos, votos de elecciones, entre otras.

En el Código velezano el contrato respondía al acuerdo de voluntades celebrado en forma instantánea, discontinua, entre iguales y de cambio. Para el norteamericano Ian Mc Neil, quién elaboro la teoría de los contratos relacionales, el contrato clásico es discontinuo porque tiene al momento de su celebración todos los comportamientos a ser realizados en el futuro, un típico instrumento de intercambio.

Dentro de la concepción clásica del contrato imperaba el principio de la autonomía de la voluntad, la determinación en cuanto al objeto, y la idea de que el contrato no podía ser modificado. Para Mc Neil, en el mundo contemporáneo los contratos son más complejos que los previstos en

este modelo cerrado y las soluciones jurídicas del modelo clásico no responden a las necesidades del mundo actual.

Los contratos relacionales son de larga duración y de cláusulas abiertas que dan flexibilidad a las partes para futuros acuerdos, cuando se planean negocios complejos a largo plazo o en economías tan cambiantes como la nuestra, en donde se pueden prever cláusulas de ajuste de precios o redistribución de los riesgos.

Hoy al contrato se lo piensa como un proceso que liga a sus partícipes y se dirige a una finalidad específica, que atraviesa distintas fases en su desarrollo comenzando por las tratativas, la conclusión, ejecución y el período post-contractual. Es una figura con vida propia que lejos de nacer y morir en un mismo momento, se extiende y está sujeto a mayores eventualidades que las previstas anticipadamente.

Si se ha superado el modelo clásico y estático del contrato, como la codificación en la cadena de bloques, que se vale de ser inmodificable para la seguridad del sistema y autoejecutable, permitiría la introducción de cláusulas abiertas cuando el código del contrato tiene acciones establecidas con su respectivas consecuencias se va a ejecutar de acuerdo a ese código y en base a cierta información exterior, con su oráculo, que verifica que se den las condiciones necesarias para su ejecutabilidad, podría llegarse a cubrir todas las eventualidades que existen, podría llegar a cubrir el detalle o la riqueza de los hechos y no provocar injusticias o estancamiento (memoria biológica diferente a la memoria informática).

CONTRATOS INTELIGENTES

Si bien no aparecen aún en nuestra normativa de forma expresa, ni existen precedentes judiciales al respecto, podemos definirlos como programas informáticos. Estos facilitan, aseguran, hacen cumplir y ejecutan los acuerdos registrados entre dos o más partes en la blockchain.

Los algoritmos que lo componen operan bajo la característica de no poder ser controlados por ninguna de las partes y con una ejecución automatizada.

El código de programación funciona con algoritmos llamados if then o if then else. Función que permite crear una variedad de elementos calculados de maneras distintas para agrupar, filtrar, rotular, excluir, o segmentar los resultados, dependiendo si la expresión se cumple o no.

IF (si) THEN (valor verdadero) ELSE (valor negativo) ENDIF (resultado)

El resultado depende de si la condición se cumple o no, la cual desencadenara una acción.

Las partes se ponen de acuerdo en las cláusulas que los van a obligar, arman el programa en base a ello y lo suben al blockchain con la ayuda de un experto en informática. A partir de allí el contrato analiza las condiciones ejecutando un algoritmo u otro, dependiendo de lo que acontezca. Suele estar compuesta por una interfaz de usuario y emular la lógica de las cláusulas contractuales.

La verificación de los presupuestos que operan como condiciones se da con la búsqueda de información externa y se satisface con el concepto de oráculo. El oráculo es una herramienta informática que le permite al smart contract auto-ejecutarse al verificar previamente cierta información como por ejemplo precios oficiales de divisas o información de la torre de control sobre el despegue de vuelos. Esto implica recurrir a una fuente externa por fuera de la blockchain.

Un ejemplo de oráculo es Oraclize de la firma Provable, que implementa un sistema de comparación de información de diferentes fuentes a los efectos de arrojar resultados.

Las ventajas de los contratos inteligentes son notables, brindan seguridad y reducen costos de transacción si se tuviera que ejecutar por incumplimiento de lo pactado. “La posibilidad de ejecutar las obligaciones adquiridas en un acuerdo contractual sin la necesidad de recurrir por vía jurisdiccional a que un juez obligue al deudor moroso al cumplimiento de lo contratado seguramente cambiara de manera radical la forma en que concebimos la ejecutabilidad de las obligaciones en los acuerdos contractuales”.

Además, hace posible una administración de justicia más efectiva en relación con la velocidad de la ejecutabilidad inmediata del contrato incumplido, superando la monopolización del derecho por parte del Estado. Las tecnologías que habilitan la descentralización de los medios de producción y/o poder de coerción, proveen su mayor beneficio al descongestionar las funciones que tradicionalmente estaban solo permitidas al Estado.

Esta tecnología con capacidad de autogestionarse nos habilita a una descentralización a la hora de solucionar conflictos surgidos del incumplimiento. Además de permitir el ahorro de tiempo, evita la intervención de escribanos y los gastos de procedimientos judiciales.

Si hablamos de las desventajas que posee la tecnología blockchain, vemos que la automatización de ciertas tareas realizadas por personas trae consigo una nueva configuración del trabajo. Esto podría solucionarse orientando laboralmente a la población al sector de la programación que aún le queda mucho por desarrollar.

Otra contingencia para analizar es la irreversibilidad de las transacciones. Un error en el contrato o un contrato mal programado que bloquee los fondos recibidos.

Las limitaciones en cuanto a su redacción también son notorias. El código podrá capturar el dinamismo del mundo real y la totalidad de las eventualidades que puedan suceder. Si bien la inmutabilidad hace a la seguridad de estos contratos, es desventajoso ante agentes externos que puedan alterar el acuerdo, casos fortuitos o de fuerza mayor.

En cuanto a su creación, es necesario contar con formación en informática para poder programarlos. No obstante ello, proyectos como Ethereum traen la posibilidad de crear los contratos con mayor facilidad y a través de una interfaz más amigable para los usuarios.

DESAFÍOS JURÍDICOS

La normativa general del contrato contiene criterios para verificar si un smart contract puede tener validez jurídica y capacidad para ser legalmente exigible. Nuestro sistema legal le reconoce a la autonomía de las partes el poder concretar acuerdos legalmente exigibles y el poder contratar libremente en los términos que consideren.

Mientras se cumplan las exigencias básicas del derecho contractual, el tener un objeto lícito como el modo de formalizarlo, no contravengan normas legales imperativas, que exista consentimiento válido entre las partes y obedecer a una causa lícita.

La tecnología blockchain como sistema de registro cumple con el concepto de documentos digitales con firmas electrónicas, incorporados a nuestro derecho en el art. 5 y 6 de la ley 25.506 de firma digital. Y el art. 10 de la ley 27.446 que modifica la anterior, consagra una presunción iuris tantum: “Cuando un documento electrónico sea firmado por un certificado de aplicación, se

presumirá, salvo prueba en contra que el documento firmado proviene de la persona titular del certificado”.

Con respecto a la voluntad de las partes, para la validez del consentimiento debe ser posible acreditar que en la formalización del contrato las partes son expertas en el lenguaje de programación utilizado para crearlos, o que aún no siéndolo se han formulado las cláusulas en un lenguaje natural, o que se han efectivamente comprendido.

En las relaciones de consumo, a la habitual posición de desventaja entre la parte predisponente y el consumidor, se suma el desconocimiento de las tecnologías sobre las cuales se construye el contrato y las particularidades de su ejecución automática. De esta forma existirá un especial deber de información, base fundante del derecho al consumidor.

Asimismo, los contratos inteligentes que no se concluyan entre personas físicas o jurídicas, sino entre computadoras o cosas conectadas a través del Internet de las cosas (IoT), como una heladera que compruebe la falta de manteca y emite una orden de compra al supermercado que a su vez remite el producto al domicilio del propietario de la heladera.

La ley solo admite la contratación entre personas, así que a los efectos legales siempre habrá que buscar quién es la persona física o jurídica que tiene el control sobre el dispositivo, y a quién se le atribuirán las obligaciones y responsabilidades pertinentes.

Si bien la característica de los contratos inteligentes es la fiabilidad en las transacciones entre partes que no se conocen y en un entorno sin intermediario centralizado, habrá de verificarse si desde el punto de vista probatorio en caso de litigio, los tribunales consideraran que se han generado bases suficientemente sólidas sobre la identidad de las partes, el consentimiento sobre el contenido de lo acordado, y de la fecha y de la hora.

Las aplicaciones de esta tecnología en el mundo actual lo vemos en la empresa internacional Uber, que proporciona a sus clientes vehículos de transporte con conductor, a través de su software de aplicación móvil, que conecta a pasajeros con conductores de vehículos registrados, los cuales ofrecen un servicio de transporte a particulares. En función de un programa aportado por un tercero se concertan y ejecutan acuerdos entre el chofer o el transportista y el cliente o transportado, previendo la gran mayoría de las circunstancias que se puedan suceder.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la tecnología y su aplicación al derecho nos permite visualizar nuevas formas de hacer, nos da pie a ser creativos, nos alienta a ser innovadores y a repensar nuestra realidad.

La masificación de las operaciones y su contenido multinacional permitió variar el carácter de la relación contractual típica, convenida y ejecutada con la presencia personal e igualitaria de las partes.

Aparecen los contratos electrónicos, los celebrados sin la presencia física de las partes, quienes prestan su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos. Estos se imponen en virtud de la celeridad y rapidez que permite el medio por el cual son celebrados.

Luego la inteligencia artificial, frente al fenómeno de los datos masivos, busca mitigar el agobio de la multiplicidad y diversidad de datos que existen para resolver problemas concretos. Nos vemos

en la necesidad de contar con la rapidez de los buscadores a fin de tener la información más relevante para el análisis de problemas legales.

La aplicación de la inteligencia artificial al derecho debe tener como objetivo facilitar el trabajo del sujeto aplicador del derecho o de quién asesora sobre una problemática en particular, y por sobre todo no debe pretender remplazar la subjetividad humana.

La memoria biológica recuerda lo importante, olvida lo insignificante, reconstruye el pasado constantemente y les da distintos valores a diferentes memorias, esta es su particularidad y su importancia, a diferencia de la memoria digital que lo recuerda todo sin reinterpretarlo ni valorarlo.

La inteligencia artificial deberá ser usada como un medio para formular juicios informados, pero no puede por sí misma sustituir el discernimiento humano.