

Aspectos Jurídicos de la Contratación

a través de Internet^(*)

*Dra. Esc. María José Viega^(**)*

CONTENIDO

1. Introducción. **2. Contratación Informática y telemática.** 2.1 Clasificación de los contratos telemáticos. 2.2 Problemática jurídica. **3. Moderna tipología contractual.** 3.1 alta complejidad del mercado. 3.2 Alto nivel de concentración del mercado internacional de tecnología informática. 3.3 Desequilibrio entre el proveedor y el usuario. 3.4 Etapa precontractual. 3.5 Moderno concepto de entrega. 3.6 Deber de consejo o información. **4. Oferta en los contratos telemáticos.** 4.1 Oferta a través de páginas web. 4.2 Ley 17.259 sobre Defensa del consumidor. 4.3 Deberes del oferente. **5. La aceptación en los contratos telemáticos.** 5.1 Contratación entre presentes y a distancia. 5.2 Contratos electrónicos instantáneos o no instantáneos. 5.3 Formación del consentimiento. **6. Contratos relativos al uso básico de Internet.** 6.1 Conectividad. 6.2 Patrocinio Comercial y Publicidad. 6.3 Creación y desarrollo de Páginas Web. 6.4 Hospedaje de páginas web -Hosting-.

(*) Ponencia presentada a las JIAP 2003. Montevideo, 13, 14 y 15 de agosto de 2003.

(**) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UR). Aspirante a Profesor Adscripto de Informática Jurídica en la misma Universidad. Profesora adjunta en el curso de Derecho Telemático y Profesora en el curso en línea Derecho del Ciberespacio en la UR. Cursos del Posgrado de Derechos Informático: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos y Outsourcing en la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Informático (UR). Autora de múltiples trabajos de su especialidad. E-mail: mjviega@viegasociados.com

1. Introducción

Una primera aclaración que deseo realizar es referente al título de la ponencia, el mismo es realmente amplio, ya que hablar de los aspectos jurídicos de la contratación a través de Internet implica referirse a diversas problemáticas, dependiendo de la óptica desde la cual analicemos el fenómeno.

Para dar un panorama lo más acabado posible, vamos a realizar un análisis de los siguientes puntos:

- Contratación informática y telemática
- Moderna tipología contractual
- Oferta y aceptación en los contratos telemáticos
- Contratos relativos al uso básico de Internet
 - Conectividad
 - Patrocinio Comercial y Publicidad
 - Creación y desarrollo de Páginas Web
 - Hospedaje de páginas web -Hosting-

Sin lugar a dudas, los temas mencionados merecen un tratamiento individual, para obtener un tratamiento en profundidad. Pero nos ha parecido relevante hablarles desde un óptica general, teniendo en cuenta que este es primer acercamiento con el tema y a los efectos de que cada uno posteriormente pueda profundizar en los aspectos que les resulten más interesantes o útiles del mismo.

2. Contratación informática y telemática

Es relevante para iniciar el tema, plantearnos que entendemos con contratos informáticos y telemáticos, de forma tal que todos tengamos un concepto unificado a los efectos de esta exposición.

Los **contratos informáticos** pueden ser tales, por el objeto sobre el cual recae la negociación y estamos en este caso ante los contratos sobre bienes y servicios informáticos.

Pero también, son contratos informáticos por la forma en que se realiza la contratación, y estaremos en este caso frente a los contratos electrónicos. Los cuales además, algunos autores los clasifican en electrónicos propiamente dichos y telemáticos.

La clasificación enunciada anteriormente tiene fronteras muy flexibles, ya que hoy día vamos a ver un sin número de entrecruzamiento de las mismas.

Así es que nos vamos a encontrar con contratos sobre bienes y servicios informáticos realizados en forma electrónica o telemática, donde se conjugarán los problemas que ambos tipos de contratación presentan.

El **contrato telemático** es un contrato cuyo objeto es cualquier bien o servicio que se encuentre en el comercio y cuya negociación y perfeccionamiento se celebran a través de la utilización del instrumental telemático¹.

Se ha dicho también que los contratos telemáticos son la expresión jurídica del comercio electrónico y se los ha definido como el intercambio de bienes y servicios realizado mediante una red de comunicación computarizada.

2.1 Clasificación de los contratos telemáticos

a) Contratación telemática abierta: está vinculada a la operatoria de la red, es una red abierta, una red pública, la relación se traba entre dos personas cualesquiera en forma telemática y pueden celebrar un acuerdo contractual.

b) Contratación telemática cerrada: en este caso estamos frente a los contratos que operan en un ámbito cerrado, los cuales requieren un acuerdo marco específico. Ejemplos: EDI (Intercambio Electrónico de Datos), el intercambio o giro entre bancos, la relación telemática entre entidades financieras (ejemplo Red Swift Internacional), los contratos electrónicos de bolsa.

También hay que tener en cuenta que la forma que se realiza el contrato, y la utilización del medio telemático puede variar según los casos, por ejemplo:

a) puedo realizar la compra en forma electrónica, pero como estoy comprando un bien material, lo recibo por correo;

b) el pago puede realizarse al recibir el producto, o por el contrario puede haberse realizado también electrónicamente;

c) el contrato se puede celebrar entre dos computadoras sin intervención humana, estando programadas para realizar determinadas operaciones;

d) es muy común que el bien que adquiero no sea material, sino digital, y lo esté recibiendo en el mismo momento en que realizo el contrato;

¹ Dr. Daniel Altmark. Curso de Posgrado de Contratos Telemáticos de la Universidad de Buenos Aires. Clase N° 3.

e) existen contratos que se celebra on line en una página web, mediante el simple clicleo, mientras que otros se realizan vía correo electrónico;

2.2 Problemática jurídica

Existe una tendencia a aplicar a la contratación electrónica las reglas generales de los contratos. Esta práctica, basada en la analogía, no debe ocultar la complejidad de los temas que se plantean, que abarcan un enorme espectro de cuestiones que exceden las "reglas generales"².

Sin bien podemos aplicar en algunos aspectos la normativa general de la contratación civil y comercial, el impacto de la tecnología es de tal magnitud que algunos autores hablan de la aparición de una nueva tipología contractual³.

La contratación electrónica nos enfrenta a ciertos problemas jurídicos, que vamos a enumerar sucintamente, y son los siguientes:

1) La validez y eficacia del documento electrónico, así como los medios de identificación electrónica: firma electrónica y firma digital.

2) Respecto al consentimiento hay que tener presente las características especiales que presentan la oferta y la aceptación realizadas en forma electrónica. Uno de los aspectos peculiares de este contrato es que el mismo se concreta entre personas distantes.

“Hay una teoría que hablaba de personas ausentes. Yo no estoy muy de acuerdo porque entiendo que la ausencia es un instituto que está muy bien regulado en el Código Civil. Además, en principio, los ausentes no podrían contratar. Por eso, prefiero hablar de personas no presentes.”⁴

Lorenzetti reflexiona acerca del consentimiento y manifiesta que “el "consentimiento electrónico" sería entre presentes, porque las declaraciones son instantáneas, y entre ausentes, ya que se celebran entre sujetos situados en lugares muy distantes, y/o en países diferentes”⁵.

3) Imputabilidad de la declaración de voluntad. En estos contratos la voluntad de las partes se expresa por el medio electrónico, lo cual implica que dicha declaración se transmite en código binario, es decir en ceros y unos.

² LORENZETTI, Ricardo. "Comercio Electrónico". Ed. Abeledo Perrot, 2001. Buenos Aires. Argentina. Capítulo IV Los contratos electrónicos.

³ ALTMARK, Daniel Ricardo. Clases del Curso de Contratos Informáticos del Posgrado Online de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

⁴ DE LA FUENTE Juan Angel. "La contratación electrónica y la intervención notarial". Ciclo de Conferencias. Instituto de Investigación y Técnica Notarial, 15 de octubre de 1998. Asociación de Escribanos del Uruguay, 1999. Páginas 2 y 3.

⁵ LORENZETTI, Ricardo. "Comercio Electrónico". Ob. Cit.

“Ello produce una gran despersonalización, ya que el emisor de la voluntad de contratar es un sujeto que puede no ser el dueño de la computadora, ni quien la utilice en el momento concreto. En un sistema jurídico basado en la tradición de unir la declaración con la voluntad y ésta con la persona física, hay que hacer un gran esfuerzo para realizar una imputación donde el sujeto emisor no es detectable en forma inmediata”⁶.

4) Respecto a la celebración del contrato, son relevantes el momento y lugar en que el mismo se celebra, que ley le es aplicable y que jurisdicción será competente.

5) Como se efectiviza el pago en esta clase de contratación. Si bien tenemos los medios de pago tradicionales, existen una variedad de nuevos medios de pagos, que se realizan en forma electrónica, en los cuales la seguridad es un elemento trascendente.

6) Responsabilidad contractual y extracontractual. Estos contratos provocan un complicado entramado de relaciones jurídicas, más allá de las partes contratantes, ya que cada una de ellas a su vez tendrá un contrato de acceso, tendrá relación con la entidad certificadora, probablemente exista un tercero que será ante quien se acredite el pago, etc.

3. Moderna tipología contractual

Si bien no es unánime, existen un importante número de autores que entienden que ha surgido una moderna tipología del contrato informático. La misma se fundamenta en la aparición de nuevas instituciones y nuevos principios.

Dichos principios son, a modo de ejemplo, las características particulares de la etapa precontractual, el moderno concepto de entrega y el test de aceptación, el deber de consejo e información como elemento relevante en la relación obligacional, las garantías propias de los contratos informáticos, la obligación de suministro de accesorios y repuestos, la capacitación de personal y las obligaciones vinculadas al mantenimiento de equipos.

Analizaremos entonces los principales elementos que contribuyen a la existencia de esta moderna tipología contractual

3.1. Alta complejidad del objeto

La alta complejidad del objeto está determinada por la existencia del sistema informático, radicando el principio fundamental en este concepto de sistema informático. Debemos tener presente que cuando realizamos contratos sobre bienes o servicios informáticos, no lo hacemos en forma aislada, sino que el elemento objeto del contrato forma parte de un todo con el cual debe ser compatible, pero que a su vez debe funcionar con independencia.

⁶ LORENZETTI, Ricardo. "Comercio Electrónico". Ob. Cit.

El sistema informático está integrado por los siguientes elementos que se encuentran inter-relacionados:

- a) El sistema físico o soporte físico: el hardware.
- b) El soporte lógico: software.
- c) La información.
- d) El o los usuarios.

3.2. Alto nivel de concentración del mercado internacional de tecnología informática

El Dr. Altmark nos explica este punto teniendo en consideración que: “América Latina participa sólo con el 2 % del parque informático mundial, 5 empresas de software norteamericanas controlan el 88 % del mercado de comercialización de software en Europa, que países como el nuestro exportan o producen software sólo a nivel artesanal, lo que implica la existencia real de un alto nivel de concentración, de un ahondamiento de la brecha tecnológica entre los denominados países ricos y los denominados países en desarrollo y que ello impone también determinadas condiciones de contratación a las que el derecho debe darles respuesta”⁷.

3.3. Desequilibrio entre el proveedor y el usuario

Detectado por la Jurisprudencia francesa hace más de 15 años, este desequilibrio no es económico, sino que está determinado por el acceso al conocimiento y al dominio de la tecnología.

El proveedor es un especialista en la materia que conoce el estado de desarrollo del arte, que conoce el nivel de obsolescencia de los productos que se encuentran en el mercado y que conoce por otro lado cuales son los productos que están en condiciones de resolver adecuadamente las necesidades del usuario, mientras que el usuario en realidad la única obligación que tiene en este ámbito es estar alertado y convencido de que necesita incorporar el instrumental informático a efectos de optimizar la labor de su organización⁸.

3.4 Etapa pre-contractual

Esta etapa si bien no es exclusiva de los contratos informáticos, cobra en estos fundamental importancia, revistiendo características específicas debido a la complejidad del objeto de los contratos informáticos y al hecho de que el desarrollo de estos contratos implican una continuidad en el tiempo.

⁷ ALTMARK, Daniel Ricardo. Clase N° 6 del Curso de Contratos Informáticos del Posgrado Online de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

⁸ ALTMARK, Daniel Ricardo. Clase N° 4 del Curso de Contratos Informáticos del Posgrado Online de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Existen en esta etapa inversiones de tiempo muy importantes para ambas partes contractuales, de afectación de recursos, incluso en la realización de negociaciones precontractuales con un tercer oferente. Es por esto, que a pesar de la libertad de contratación que prima en nuestro derecho, nadie puede dejar sin motivo, o sea en forma injustificada, las negociaciones precontractuales en la contratación informática.

Nuestro Código Civil no contiene disposiciones relativas a esta etapa previa a la formación y perfeccionamiento del contrato. Pero debemos destacar el principio de buena fe en las relaciones contractuales, presente en múltiples disposiciones de nuestro Código Civil. Concretamente el artículo 1291 inciso 2 establece que “todos los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”.

Por lo tanto es importante:

a) que el usuario realice un cuadro de necesidades, en el cual se determine cuales son sus objetivos y como llevará a cabo el proceso de informatización.

b) documentar su proceso, realizando por ejemplo actas de todas las reuniones entre las partes.

c) A los efectos de objetivar la evaluación en cuanto al funcionamiento del sistema, es importante determinar previamente algunos aspectos. Para ello ya sea en la etapa precontractual o en el contrato mismo, debe elaborarse una grilla en la que se establezcan los ítems que serán evaluados, el momento en que se hará dicha evaluación, el establecimiento de una escala a los efectos de realizar la calificación y la documentación que se obtendrá en cada caso.

3.5 Moderno concepto de entrega

Para quien adquiere un bien informático, no es suficiente que lo entreguen en un lugar físico determinado. Sino que es relevante, que el sistema informático quede funcionando en forma correcta.

Tenemos entonces un primer momento que será la entrega física de la cosa, en la cual se debe firmar un acta de recepción provisoria. Posteriormente deberá realizarse la instalación del sistema y en un tercer momento se producirá la verificación de su funcionamiento. Esta verificación se realiza a través del llamado test de aceptación, período que dura entre 30 y 60 días. Durante esta etapa el sistema debe funcionar normalmente de acuerdo a las condiciones y necesidades establecidas en el contrato. Una vez verificado este plazo se firma el acta de recepción definitiva.

3.6 Deber de consejo o información

En el Código Civil se ha hecho referencia en forma indirecta a este deber de informar en las siguientes disposiciones: en sede de saneamiento por defectos o vicios redhibitorios, el artículo 1718 establece que “el vendedor responde de los defectos o

vicios ocultos de la cosa vendida, mueble o inmueble, siempre que la hagan impropia para el uso a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador no la hubiera comprado o no habría dado tanto precio por ella”.

Hay que destacar el hecho de que la cosa debe ser apropiada para el uso que pretende dársele, lo que está estrechamente ligado a la determinación de las necesidades del usuario.

El artículo 1721 establece que si “el vendedor conocía o debía conocer (artículo 1719) los vicios ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste, a más de la opción del artículo precedente, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión del contrato”. Esta norma estipula una responsabilidad pre-contractual.

La ley de Derechos del consumidor N° 17250 en su artículo 6 literal c bajo el acápite de derechos básicos del consumidor, establece que: “La información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas”.

4. Oferta y aceptación en los contratos telemáticos

La oferta es una declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, la cual debe tener la intención de obligarse y estar dirigida a una persona determinada. El carácter recepticio implica que debe llegar a conocimiento de la o las personas a las cuales fue dirigida⁹.

4.1 Oferta a través de páginas web

En las páginas web encontramos información sobre productos que se encuentran a la venta, de los cuales se informa el precio, la forma de pago y las características del producto. ¿Estos datos pueden considerarse una oferta o estamos ante una invitación a ofertar?

Es de interés analizar si se trata de un contrato dirigido a los consumidores, si existe en la misma página la posibilidad de aceptar, estando en este caso ante una oferta.

También puede resultar necesario que el visitante envíe una propuesta que será posteriormente aceptada por el proveedor, estamos ante una invitación de aceptar. Debemos analizar la situación en cada caso concreto.

La oferta incluida en la web debe contemplar los siguientes aspectos:

⁹ VIEGA RODRÍGUEZ, María José. Ponencia presentada al Simposio Argentino de Informática y Derecho – SID 2003. Buenos Aires, Setiembre 2003.

- a) la identidad del proveedor,
- b) las características especiales del producto,
- c) el precio con impuestos incluidos, y en forma separada los gastos de transporte,
- d) la forma de pago,
- e) modalidades de efectuarse la entrega o la forma de ejecución y
- f) el plazo de la validez de la oferta (que se extenderá el tiempo en que permanezca en la web)

4.2 Ley 17.250 sobre Defensa del consumidor

Esta ley tiene varios capítulos referido a la oferta, así el Capítulo IV se refiere a la oferta en general, mientras que el V se refiere a la oferta de productos y el VI a la oferta de servicios.

En el artículo 12 inciso 1º se establece que: *“La oferta dirigida a consumidores determinados o indeterminados, transmitida por cualquier medio de comunicación y que contenga información suficientemente precisa con relación a los productos o servicios ofrecidos, vincula a quien la emite y a aquel que la utiliza de manera expresa por el tiempo que se realice.”*

El artículo 13 inciso 2 favorece al consumidor, al establecer que: *“Cuando en la oferta se dieran dos o más informaciones contradictorias, prevalecerá la más favorable al consumidor”.*

En el artículo 16 se consagran las formas en que puede realizarse la oferta, estableciendo que: *“La oferta de productos o servicios que se realice **fuera del local empresarial**, por medio postal, telefónico, televisivo, **informático o similar** da derecho al consumidor que la aceptó a rescindir o resolver, “ipso-jure” el contrato”. Otorgando un plazo de cinco días hábiles contados desde la formalización del contrato o de la entrega del producto para rescindir el mismo.*

El artículo 22 de la Ley refiere a prácticas abusivas en la oferta, en el cual se realiza la siguiente enumeración:

- a) Negar la provisión de productos o servicios al consumidor, mientras exista disponibilidad de lo ofrecido.
- b) Hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos.
- c) Fijar el plazo, o los plazos para el cumplimiento de las obligaciones de manera manifiestamente desproporcionada en perjuicio del consumidor.

- d) Enviar o entregar al consumidor, cualquier producto o proveer cualquier servicio, que no haya sido previamente solicitado. En este caso no existe obligación de pago ni de devolución, equiparándose por lo tanto a las muestras gratis.
- e) Hacer aparecer al consumidor como proponente de la adquisición de bienes o servicios, cuando ello no corresponda.

4.3 Deberes del oferente

El oferente tiene los siguientes deberes:

Deber de información: debe identificarse y manifestar cual es la forma de aceptar, pero sobre todo debe establecer las condiciones generales de la contratación.

Deber de confirmación: debe confirmar con un mensaje automático que fue recibida la aceptación de la oferta.

Deber de seguridad: debe ofrecer un sistema informático confiable, un sitio web seguro, de forma tal de evitar la mayor cantidad de riesgos al consumidor.

5 La Aceptación en los contratos telemáticos

Frente a la propuesta, el destinatario puede rechazarla, guardar silencio –actitud que se equipara a la anterior-, puede modificarla y también puede aceptarla.

“La aceptación es la manifestación de voluntad del destinatario de la propuesta, que admite la oferta recibida, la aprueba y se conforma con ella; se trata de una segunda manifestación de voluntad que se enlaza con la primera para formar el consentimiento”¹⁰.

La aceptación debe ser pura y simple, dice el artículo 1267: “*Se mirará la propuesta como no aceptada, si la otra parte la modificare en cualquier sentido*”. También debe ser tempestiva, es decir que debe llegar al proponente cuando esta todavía está vigente.

5.1 Contratación entre presentes y a distancia

“Los códigos decimonónicos tomaron como presupuesto la contratación entre personas físicamente presentes o ausentes; en este último caso, hay una distancia geográfica que se traduce en un tiempo de comunicación jurídicamente relevante”¹¹.

Lo relevante en la contratación electrónica es que la misma puede ser celebrada entre personas físicamente distantes, pero la comunicación se produce en forma instantánea.

¹⁰ GAMARRA Jorge. “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”. Tomo XI. Tercera Edición revisada y actualizada. Página 117.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo. “Comercio Electrónico”. Ob. Cit. Capítulo IV Los contratos electrónicos.

Estos contratos electrónicos o telemáticos pueden formarse:

a) Vía e-mail: Si recibo una oferta vía e-mail, es lógico que pueda aceptar por el mismo medio, pero que sucede si la oferta la recibí por fax u otro medio, ¿es posible que acepte por e-mail?. En principio la aceptación no tiene que ser hecha por el mismo medio, pero es conveniente verificar de que forma acostumbra recibir la aceptación cada empresa.

En los contratos negociados vía e-mail queda prueba por escrito, ya que los mismos pueden imprimirse en papel. El problema surge para determinar cuándo se recibió el mensaje, porque hasta que la aceptación sea recibida el oferente tiene tiempo para revocar la oferta.

b) Sitios web y Servicios on line: en estos casos la oferta se encuentra expuesta en el sitio, conteniendo los términos y condiciones del contrato y la aceptación se da según se indica en la oferta clicleando el mouse en un botón, entrando un símbolo o código. Muchas veces se completa un formulario de orden y se envía al vendedor.

La pantalla de aceptación debe reunir una serie de requisitos, ya que el principal problema de los contratos telemáticos consiste en la prueba de la aceptación de sus cláusulas. "Al igual que en el software empaquetado, en el que se ha puesto en duda la validez del consentimiento prestado con la simple rotura del envoltorio en el que van los soportes magnéticos u ópticos, en el contrato on line nos encontramos dos tipos diferentes de dificultades:

1. La demostración de que el usuario ha leído y ha aceptado las condiciones generales de la contratación.
2. La problemática inherente al contrato de adhesión¹².

Muchas veces existen exoneraciones de responsabilidades, términos y condiciones de acceso y uso de la página web, desconocimiento de garantías, que no se encuentran fácilmente visibles en el sitio. Todos los términos del contrato deberán aparecer de manera que llame la atención del usuario y deberá indicar de alguna forma que los acepta.

En Francia se puede retirar la oferta mientras no se haya aceptado. En el Derecho anglosajón se puede revocar incluso si ya ha sido comunicada, suponiendo que no se ha intercambiado una consideración valiosa¹³.

La presencia física de los contratantes es lo que determina una u otra especie de contrato. Siguiendo este criterio se ha entendido que los contratos realizados a través de las computadoras son contratos a distancia. Pero debemos distinguir entre la celebración instantánea o discontinua. Con la aparición de tecnologías como el

¹² RIBAS ALEJANDRO Rivas. "Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet". Ob. Cit., página 74.

¹³ HERRERA BRAVO Rodolfo y NÚÑEZ ROMERO Alejandra. "Derecho Informático". Capítulo 5, punto 7. Ed. Jurídicas La Ley, Chile, 1999.

teléfono, comenzó a deteriorarse la regla expresada anteriormente, porque puede existir un consentimiento entre personas que no están físicamente presentes, pero que se comunican instantáneamente. Se ha considerado por tanto que, aunque las personas estén físicamente distantes, si las manifestaciones de voluntad se realizan en forma instantánea estamos ante un contrato entre presentes.

c) La Subastas Electrónicas: son otra forma de realizar contratos en la web. Normalmente se trata de subastas al alza de diferentes objetos, en las cuales se parte de un precio inicial y los interesados realizan pujas sucesivas.

Las reglas de la subasta son la ley de este tipo de contratación. En algunos casos se debe hacer un depósito que garantice su solvencia. El mejor postor es con quien se cierra el trato, éste puede conocer el resultado en forma inmediata y en el caso de que la subasta se prolongue en el tiempo se le comunicará por correo electrónico.

5.2 Contratos electrónicos instantáneos o no instantáneos

Como mencionáramos anteriormente los contratos celebrados a distancia se pueden realizar en forma instantánea o no y los podemos distinguir de acuerdo a las siguientes consideraciones:

Celebrados en forma instantánea: no existe tiempo relevante entre la oferta y la aceptación, por tanto son considerados contratos entre presentes, aunque las partes no estén físicamente presentes.

Contratos no instantáneos: cuando existe un tiempo relevante en la oferta y la aceptación, en el cual es factible que se corran determinados riesgos. “El término “instantáneo” califica al momento de la celebración y no la ejecución, razón por la cual no se confunde con los vínculos de larga duración, o de ejecución diferida”¹⁴. Estamos en este caso ante contratos a distancia.

5.3 Formación del consentimiento

Existen cuatro teorías acerca de la formación del consentimiento, que pasamos a exponer:

1. Teoría de la declaración: se formará el consentimiento cuando de destinatario de la oferta redacte la aceptación, aunque la misma no sea recibida por la otra parte. Ni siquiera es necesario la emisión de la voluntad.

2. Teoría del envío de la aceptación o de la expedición: cuando el comprador envía el mensaje conteniendo la aceptación de la oferta.

3. Teoría de la recepción de la aceptación: el consentimiento quedará formado cuando el vendedor reciba el mensaje de aceptación de la oferta en su buzón de

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo. "Comercio Electrónico". Ob. Cit. Capítulo IV Los contratos electrónicos.

correo, sin que importe si efectivamente lo abrió y se enteró de su contenido. Alcanza con que el mensaje llegue.

4. Teoría del conocimiento o información: el contrato queda perfeccionado cuando el oferente efectivamente se entera que su oferta fue aceptada, no alcanza con que el mensaje llegue al buzón, es necesario que tome conocimiento de la aceptación.

Nuestro Derecho establece la teoría de la recepción, concretamente en el artículo 1265 inciso 1° que dice: *El contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente.*

“El concepto de recepción ha sido precisado por la doctrina refiriéndolo al momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer la respuesta; vale decir, cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario, con la siguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste”¹⁵.

Es relevante la imputación de la voluntad, por ejemplo si un menor se suscribe a un servidor de pornografía o a un servicio de información de compraventa de valores utilizando la tarjeta de crédito de sus padres.

¿El contrato es nulo y no se pagará al proveedor de servicio?.

En principio, los padres no están contractualmente obligados por las responsabilidades que se generen de contratos firmados por sus hijos menores de edad.

En Francia, aún suponiendo que un menor hurta la tarjeta de crédito de sus padres, a la larga éstos quedan obligados por el contrato firmado por su hijo en virtud de la teoría de la apariencia (para el proveedor, el menor aparenta ser el titular de la tarjeta y, por lo tanto, un adulto)¹⁶.

En EEUU el menor puede ser responsable de un agravio si las partes creyeron que estaban firmando con un adulto¹⁷.

Lorenzetti plantea la oferta como apariencia y la aceptación como confianza en el comercio electrónico¹⁸.

El momento del perfeccionamiento del contrato es relevante y deberá estarse al derecho de cada país. En la redes cerradas existe un contrato marco, por el cual las partes regulan su relación contractual. Nada obsta a que dos empresas que negocian por Internet en forma frecuente, puedan elaborar también un acuerdo en el cual establezcan la validez de la contratación, formación del contrato, validez del documento

¹⁵ GAMARRA Jorge. “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”. Tomo XI. Página 137.

¹⁶ HERRERA BRAVO Rodolfo y NÚÑEZ ROMERO Alejandra. “Derecho Informático”. Ob. Cit. Capítulo 5, punto 7.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo. “Comercio Electrónico”. Ob. Cit Capítulo IV Los contratos electrónicos.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo. “Comercio Electrónico”. Ob. Cit. Capítulo IV Los contratos electrónicos.

electrónico, ley aplicable, formas de resolver conflictos y jurisdicción competente, de hecho habíamos manifestado la existencia de una normativa similar en las subastas electrónicas.

6. Contratos relativos al uso básico de Internet

Las relaciones contractuales a las cuales nos podemos enfrentar relacionadas a Internet, son (entre otras) las siguientes, las cuales combinadas derivarán en diferentes formas contractuales:

- a) De provisión de acceso (Contrato de conectividad).
- b) De provisión de contenidos (Contratos relativos a bancos de datos o desarrollo de páginas web).
- c) De servicios y operación del servidor (Contrato de conectividad o de hosting).
- d) De edición en Internet (Contrato de desarrollo de sitios web o de patrocinio comercial).
- e) De publicidad.
- f) De hosting u hospedaje de espacio en Internet.
- g) De desarrollo de productos (Contratos de patrocinio comercial o publicidad en Internet).
- h) De distribución en Internet (Contratos relativos a bancos de datos o publicidad en la Red).
- i) De desarrollo y mantenimiento de sitios web.
- j) De certificación de firmas y sitios de Internet (Contratos de hosting en los cuales se exige determinada seguridad. También pueden ser contratos independientes con una autoridad certificante, los cuales exceden al objeto del presente trabajo).
- k) De investigación en Internet (Relacionado con la provisión de contenidos, el acceso a bancos de datos y también a aspectos de la publicidad como estudios de viabilidad de un portal o realización de encuestas).

- l) De acceso a banco de datos.

Las diferentes necesidades de los sujetos que operan en Internet, podemos concretarlas en el estudio de contratos generales, las cuales según los casos podrán estar contempladas en una u otra clase de contrato. Los aspectos vinculados a los bancos de datos han sido tratados en el capítulo respectivo, por lo cual lo omitiremos en el presente.

De forma tal, que podemos distinguir cuatro contratos básicos: conectividad, patrocinio comercial y publicidad, creación y desarrollo de páginas web y hosting.

6.1 Conectividad

Será entonces trascendente el contrato con un proveedor de acceso a Internet. A estos efectos voy a tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El tipo de línea que deseo contratar, si es una línea discada (modem) o una línea dedicada (línea de datos).

- b) El ancho de banda que me resultará más conveniente. A estos efectos se habla de ancho de banda: asegurado (32 Kbps), promedio (64 Kbps) y máximo (96 Kbps). El proveedor me puede entregar un software para detectar que ancho de banda uso y tengo disponible.

- c) La existencia de Back up, si se me proporciona dirección IP y cuántas de ellas en caso de contratar una línea dedicada.

- a) Debemos manifestar en primer lugar que se trata de un contrato atípico, el cual puede asimilarse a un contrato de arrendamiento de servicios, sin perjuicio que respecto a determinadas obligaciones podamos decir que estamos ante un arrendamiento de obra (respecto al correo electrónico por ejemplo) con la implicancia de estar ante una obligación de resultado.

- b) Estamos frente a un contrato oneroso, principal y consensual.

- c) Este contrato la mayor parte de la veces se realiza vía Internet, por lo cual contará con todos los caracteres y problemáticas de los contratos telemáticos.

¿Cuáles son las obligaciones de las partes?

La empresa prestadora del servicio debe dar garantía de confidencialidad de los datos del cliente y no transferirlos a terceros. El login y el password de acceso a los servicios es estrictamente confidencial y la empresa no se responsabiliza por el uso indebido del mismo.

Si bien la empresa se compromete a dar servicios los siete días de la semana las 24 horas, no se responsabiliza por imposibilidad de prestar el servicio por interrupción de las líneas de telecomunicaciones u otro caso de fuerza mayor.

No es extraño entre las condiciones generales de proveedores de acceso encontrar cláusulas en las que el proveedor se reserva la facultad casi ilimitada de modificar unilateralmente las condiciones generales sin atribuir al cliente la facultad de resolver el contrato, se atribuye la posibilidad de modificar el servicio sin notificación previa al cliente así como de bloquear su acceso al servicio y adoptar cualquiera otras medidas sin necesidad de informarle, se reserva el derecho de bloquear el acceso del cliente a su propia página web y correo electrónico, exonerándose de toda responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda sufrir el cliente como consecuencia de esas medidas¹⁹.

El cliente está obligado al pago del precio. Es además responsable de la información descargada de los servidores de información ajenos a los operados por la empresa prestadora del servicio²⁰.

6.2 Patrocinio Comercial y Publicidad

Actualmente encontramos dos formas importantes de desarrollar la publicidad en Internet:

1) La primera se presenta como “renta de espacios”: algunas páginas populares alquilan un espacio de su página para que un determinado usuario ofrezca su producto o servicio.

2) El segundo medio, está referido a la “publicidad on line”, es decir, al desarrollo de páginas web para empresas u otras instituciones²¹.

¹⁹ DE MIGUEL ASECIO Pedro Alberto. “Derecho Privado de Internet”. Ob. Cit., página 65.

²⁰ www.ceniainternet.cu/servicios/conconec.html “Términos del Contrato de Conectividad”.

Existe también el llamado contrato de afiliación conexo a los contratos que estamos tratando, por el cual el afiliado recibe de la empresa una comisión por cada operación comercial que se realiza a través de la página web del afiliado²². Estamos aquí en presencia de contratos de venta a comisión que se realizan a través de banners.

La publicidad en la red no consiste únicamente en anunciar y distribuir mensajes. También facilita las relaciones con los clientes, la creación de *ciber-marcas*, proporciona servicios al consumidor, genera ventas electrónicas de artículos y servicios, envía eficientemente mensajes de marketing a la audiencia adecuada y logra crear una personalización de servicios para grandes masas de consumidores así como un marketing directo e interactivo²³.

Los caracteres del contrato son :

- a) Estamos en presencia de un contrato de difusión publicitaria.
- b) Es un contrato sinalagmático, oneroso, consensual y principal.
- c) En el caso de contratar con una agencia de publicidad el diseño y colocación del sitio, con el objetivo principal de atraer visitantes, estamos ante un arrendamiento de obra, que implica una obligación de resultado.
- d) El contrato de publicidad debe consistir en una unidad en la cual se contemplen todos los servicios que se contratan, para evitar que luego se realicen contratos conexos.

Las partes están a obligadas a:

La agencia o empresa de publicidad:

- a) realizar un estudio de viabilidad del sitio
- b) Diseño, publicación y actualización del sitio
- c) Uso de una adecuada tecnología para la mejor transmisión del mensaje.

²¹ VELARDE KOEHLIN Carmen Milagros. "El Contrato de publicidad en Internet". Libro de Ponencias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Perú, 2000. Página 116.

²² www.arsys.es "Contrato de afiliación".

²³ MEEKER Mary. "La publicidad en Internet". Ediciones Granica S.A., 2001. Página 44.

- d) Instalación de contestación automática de recepción de mensajes.
- e) Posibilidad de suscripción del visitante a través de formularios.
- f) Promoción del sitio web, dando de alta el sitio en los buscadores y realizar actividades de promoción del mismo.
- g) Enviar al cliente la información recabada.
- h) Confidencialidad acerca de los datos que brinda el cliente.

Las obligaciones del cliente son:

- a) Proporcionar información de la empresa a los efectos de realizar la mejor estrategia publicitaria.
- b) Deberá pagar el precio o realizar las obligaciones asumidas en caso de intercambio.
- c) Debe establecer los idiomas en que desea esté realizado el sitio web.

6.3 Creación y desarrollo de Páginas Web

En primer lugar vamos a distinguir en relación a la arquitectura gráfica del sitio, el contrato de diseño del mismo y el contrato de mantenimiento.

Normalmente en estos contratos vamos a estar frente a una relación por la cual una parte requiere de la otra la creación de un sitio web a cambio de un precio determinado, con el aditamento que en la mayoría de los casos se contrata también su mantenimiento por un plazo específico a cambio de una contraprestación mensual.

Existe una gran variedad de tipo de páginas, ellas pueden ser de soporte, de servicios, académicas, e-commerce, publicitarias, de uso interno en una empresa (Intranet), etc..

A los efectos del contrato deberán establecerse criterios acerca del diseño y de los contenidos, el precio total del sitio, el precio de actualización y los plazos en que deberá realizarse tanto la página como las actualizaciones.

6.4 Hospedaje de páginas web -Hosting-

Podemos definir este contrato como aquel por el cual una empresa proveedora de servicios de Internet, aloja o alberga el web site del cliente, destinando un espacio en su servidor a cambio de una remuneración.

Debemos establecer elementos como precio, plazo, seguridad del servicio en línea. Este último es importante porque por ejemplo, si se cae el servicio por un determinado tiempo (encontrándose el sitio off line) se determina normalmente que se exonera del pago de la cuota o también puede establecerse una multa.

Las obligaciones de la empresa prestadora de servicios son:

a) La empresa tiene la obligación de actuar con la diligencia debida en el uso de la actividad comercial, lealmente y de buena fe, comprometiéndose a disponer de todos los medios a su alcance para brindar un servicio óptimo, esforzándose para que el alojamiento de los servicios ofrecidos puedan desarrollarse durante las 24 horas los 7 días de la semana.

Sin embargo la empresa no se responsabiliza por problemas imputables al cliente, o que la disponibilidad de los servicios sea continua e ininterrumpida durante el período de vigencia del contrato, debido a la posibilidad de problemas en la red Internet, averías en los equipos servidores y otras posibles contingencias²⁴.

b) Si la prestación del servicio fuera interrumpido por más de 24 horas puede devolverse el dinero que se abonó por el contrato, rescindiéndose el mismo, o lo más común es que existan multas en función al tiempo que el sitio se encuentre off line.

c) La empresa no se responsabiliza por pérdida de datos o por el borrado accidental de los mismos.

d) Normalmente el nombre de dominio que figurará en la dirección URL de la página del cliente, será un subdominio del proveedor de servicio, por ejemplo www.proveedor.com.uy/cliente. Salvo que el cliente haya obtenido el registro de un nombre de dominio, por ejemplo www.cliente.com.uy. Los nombres de dominio que registre la empresa proveedora deberán hacerse siempre a nombre del cliente o de

²⁴ www.arsys.es "Contrato de Alojamiento".

quien este indique. O en su caso contrario, deberá realizarse una cesión de derechos sobre el nombre de dominio a favor del cliente.

e) La empresa debe respetar el ancho de banda que se compromete a otorgar. El ancho de banda es la cantidad máxima de datos que pueden pasar por la comunicación en un momento dado, normalmente medido en segundos. Este es un elemento relevante en la medida que estará determinando la capacidad operativa del cliente y las prestaciones que puede realizar en forma simultánea.

Las obligaciones del cliente son:

a) El cliente está obligado a mantener en funcionamiento la casilla de correo electrónico a los efectos de la comunicación con el proveedor. En caso de cambiar la misma, debe notificarle en un determinado plazo.

b) Es responsable por los contenido alojados en el espacio que se le ha atribuido, de la información transmitida y/o almacenada y de los enlaces de hipertexto.

c) Está obligado a realizar una configuración eficiente de su sitio y su acceso.

d) En los casos de que el contrato sea oneroso está obligado a pagar el precio.

e) Debe guardar copia de seguridad de los archivos que publica.

f) Está obligado a respetar las leyes y reglamentos en vigor respecto al funcionamiento de servicios on line, comercio electrónico, derechos de autor, mantenimiento del orden público, así como principio universales de uso de Internet²⁵.

Para concluir me interesa destacar que es importante en la realización de este tipo de contratos, el trabajo conjunto de técnicos informáticos y jurídicos, a los efectos de visualizar las diferentes aristas que se presentan en los mismos a la hora de concretar la negociación.

²⁵ www.arsys.es "Contrato de Alojamiento".