

Los contratos electrónicos y la web 3.0: la nueva realidad jurídica tecnológica

Vargas Basilio, Aislan

2010

<http://hdl.handle.net/20.500.11777/1186>

<http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>

LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y LA WEB 3.0: LA NUEVA REALIDAD JURIDICA TECNOLÓGICA¹

AISLAN VARGAS BASILIO²

1. Introducción; 2. La autonomía de la voluntad y el consentimiento contractual; 3. Los contratos electrónicos de cliqueo (clickwrap agreements); 4. La limitación de la autonomía de la voluntad en los contratos electrónicos; 5. Las cláusulas predispuestas y los contratos de adhesión; 6. Conclusión; 7. Bibliografía

1. Introducción

Con la creación de la red mundial de computadoras, la Internet, y la instalación de un mercado virtual, fueron adaptados los antiguos y creados nuevos instrumentos jurídicos.

Entendemos que la contratación electrónica o *e-commerce*, “es un nuevo supuesto de hecho, que obliga a remodelar los conceptos y normas existentes”³.

¹ Trabajo presentado en el Seminario Internacional: “El paradigma del Derecho Informático como punto de inflexión de la Ciencia Jurídica” en la Universidad Iberoamericana de Puebla - México, realizado en los días 25 y 26 de Febrero de 2009.

² Abogado, Brasileño, Profesor de la cátedra de Régimen Público de Internet de la Universidad de Buenos Aires - UBA; Master en Derecho Empresário (Universidad Austral - Buenos Aires); Especialista en Derecho de las Nuevas Tecnologías (CEU/IICS - São Paulo); Director de la iniciativa ColorIURIS en Brasil (www.coloriuris.net); Presidente y Co-Fundador de la Asociación Grupo de Estudios e Investigación Académica en Derecho, Economía y Negocios en la Sociedad de la Información - AGEIA DENSI Brasil (www.densi.com.br). Sítio www.aislan.adv.br

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio electrónico*. Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2000, p.163.

Actualmente, los contratos se presentan por los medios electrónicos y sus formas y estructuras cambian de acuerdo con la necesidad y el dinamismo de la red.

La autonomía de la voluntad es un de los elementos esenciales de los contratos y el más importante, donde sostiene la fuerza contractual y la confianza entre las partes.

Ciertamente, la autonomía no debe ser limitada ni olvidada por la creación de contratos de adhesión o cláusulas fijas, pues así no existirá contrato.

Pretendemos en este informe traer algunas ideas iniciales acerca de la limitación de la autonomía de la voluntad en los contratos electrónicos, llamados como *clickwrap agreements*, trazando de forma sencilla y de fácil entendimiento un análisis del nuevo modelo de contratación enfrente la doctrina y jurisprudencia.

2. La autonomía de la voluntad y el consentimiento contractual

El instrumento del contrato se caracteriza por la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido jurídicamente como un principio, el “principio de la autonomía privada o autonomía contractual”.

Esta voluntad tiene un papel de protagonista en el contrato, donde abriga las necesidades hasta los intereses entre las partes.

Etimológicamente, autonomía significa, “darse a sí mismo la norma, la ley: en una palabra, *autonormarse*. Por consiguiente, el principio de la autonomía privada es sencillamente una sintética expresión con la que los juristas tratan de resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares un amplio poder de autorregulación de sus relaciones patrimoniales”⁴.

La autonomía de la voluntad se caracteriza por la predisposición que poseen las partes.

El acto voluntario y deliberado se perfecciona por una decisión libre que se materializa por una declaración de voluntad. Mismo así, vale recordar que todos estos actos voluntarios están sometidos a las reglas del derecho.

La “libertad” aquí es entendida como uno de los elementos internos de la voluntad, definido por Freitas como ^ala posibilidad de elegir entre los motivos, la determinación propia, la independencia de la voluntad”⁵.

La formación del consentimiento “se funda en la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la misma”⁶.

Para que exista un contrato “es necesario que haya acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran. Este acuerdo de voluntades se denomina consentimiento”⁷.

⁴ LASARTE, Carlos. *Principios de derecho civil*. Tomo Tercero, 8a. ed. - Contratos. Marcial Pons: Madrid, 2004, p.9.

⁵ BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Tomo 1. 2a ed., act., 1a reimp. Editoreal Astrea: Buenos Aires, 1988, p.176.

⁶ OVSEJEVICH, Luis. *El consentimiento: sus términos*. Buenos Aires, p.282.

El consentimiento contractual puede ser entendido a través de una conexión directa entre una oferta y por otro lado una aceptación. Consentir es la acción de sentir de manera acorde. Elemento típico y fundamental de los contratos.

Por otro lado, si una determinada persona en el momento de concretar un hecho o un acto jurídico, no tiene conciencia de que va a hacer, declarar, o aún no está en su estado de plena conciencia, no hay duda que en estos casos no hay consentimiento (ausencia de consentimiento).

El consentimiento es un elemento esencial y indispensables del contrato, uno de los presupuestos de validez del contrato, ante la ausencia de consentimiento no hay contrato⁸, y los actos realizados son considerables nulos de pleno derecho.

En la República Argentina su actual Constitución Nacional garantiza la libertad jurídica en su artículo 19, advenido por la idea - “lo que no está prohibido, está permitido” de la Constitución de 1856: (...) “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Este principio es reiterado por el Código Civil (art. 910).

El mismo diploma legal prevé que para que un hecho sea voluntario se exige la exteriorización de la voluntad (art. 913), consentida por hecho material

⁷ OVSEJEVICH, Luis. *El consentimiento: sus términos*. Buenos Aires, p.267.

⁸ Veáse GARRIDO, Roque Fortunato; ZAGO, Jorge Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*. 2 ed. act. y aum. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1998, p.88.

o expresión (art. 914), formal o no formal, positiva o tácita (art. 915/918), o incluso hasta por una presunción legal (art. 920).

El acto jurídico puede exteriorizarse hasta por omisión (art. 945), a través del silencio (art. 919).

Por inteligencia del art. 974, el acto jurídico puede perfeccionarse por cualquier forma cuando el Código o las leyes especiales no designen una específica. Así entendemos que la manifestación del consentimiento puede realizarse por cualquier manera de acuerdo con la ley.

Asimismo, los actos lícitos practicados por menores impúberes, los actos ilícitos por menores de diez años, los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos y los actos de quien están sin uso de razón son considerados hechos sin discernimiento (art. 921). Los actos hechos por ignorancia o error, por fuerza o intimidación, son considerados practicados sin intención (art. 922).

Cuanto a la ilicitud de los actos voluntarios, ninguno será considerado ilícito ni podrá aplicarse una pena o sanción, si no fuere expresamente prohibido y dispuesto por las leyes (art. 1066).

Los actos jurídicos son definidos por la ley como todos aquellos “actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos” (art. 944), y el contrato no es más que un acto jurídico.

Entiéndase por contrato “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (art. 1137). En esta disposición, tenemos implícitamente la previsión del principio de la libertad contractual.

Vinculado a la autonomía de la voluntad está el consentimiento contractual, que se presenta por la oferta o por propuesta de una de las partes, y por la aceptación por la otra (art. 1144).

3. Los contratos electrónicos por medio del clickeo (clickwrap agreements)

El contrato realizado a través del clickeo - *clickthrough agreement* - más conocido también como *clickwrap agreement* o *clickwrap license*, es una especie muy común actualmente, usado a menudo con las licencias del *software*.

Esta expresión vino de la derivación de otra especie de contrato que es el *shrinkwrap agreement* - conocido también como *blister agreement* o *end user agreement* - donde la aceptación por parte del adquiriente resulta de abrir el envoltorio del soporte del *software* (en las compras encajonadas), de usarlo, o de otro comportamiento predeterminado⁹. Esta especie de contrato presenta diversas variedades, todas ellas son relacionadas con el envoltorio del producto (*wrap*), o sea, con la tangibilidad del aludido material.

⁹ Veáse BRIZZIO, Claudia R., *Contratación mediante click-wrapping*. Revista Responsabilidad civil y seguros - La jurisprudencia en el mundo. La Ley, Año II, n. 6, Noviembre-Diciembre de 2000. p.217.

Otra denominación muy utilizada, pero vamos evitar usar en este informe, a fin de causar confusión, es de *webwrap agreement*, pues son más utilizados como mención a ambos contratos: de adquisición de productos informáticos (*shrinkwrap agreement*) así como por medio de la red a través del clickeo (*clickwrap agreement*).

Así buscaremos limitar nos a tratar sobre el contrato a través del clickeo que habita en el espacio virtual, específicamente en la red mundial de las computadoras (la red de redes), donde los objetos y cosas que navegan por allá no son tangibles.

La modalidad del *clickwrapping*, o sea, la utilización de este tipo de contratación, se encuentra sobre todo en la Internet. Se presentan como parte del proceso de la instalación de los paquetes de software, o en otras circunstancias por las contrataciones usando medios electrónicos en línea, como tiendas virtuales (para adquisición productos, tangibles o no), contratos de licencias diversas, para el acceso a la utilización de servicios y de base de datos (servicios de correo electrónico, espacio virtual, enciclopedias, redes sociales, noticias), etc.

Podríamos decir que el *clickwrap* es el equivalente electrónico del *shrinkwrap*, donde permite que los adquirientes lean antes de aceptarlos todos los términos del contrato.

El contenido y la forma de los contratos de *clickwrap* varían de acuerdo con el objeto. Los contratos de *clickwrap* requieren que el adquiriente o usuario manifieste su concordancia a través del clickeo con el ratón (*mouse*) de la computadora en el botón de "acepto" o "concordó" en una caja de diálogo o una

ventana tipo *pop-up* (otra ventana chica abierta para exclusiva manifestación de la aceptación).

El contrato de *clickwrapping* solamente se perfecciona cuando el usuario declare haber leído los términos y aceptado por medio del clickeo, consintiendo el acto jurídico y produciendo así todos los efectos legales inherentes del mismo entre las partes.

En el caso de rechazo, el usuario o adquirente debe clickear en la opción de cancelar o también con el acto de cerrar la ventana. Con el rechazo, el usuario no conserva ningún derecho de uso, ni termina la compra del producto.

Cada vez más, se utiliza en la práctica de este contrato la ayuda de una ingeniería informática (plataformas diseñadas de manera clara) en la búsqueda de una “extrema y clara” manifestación de voluntad del usuario o adquirente, a fin de garantizar una prueba más eficaz al empresario, de la anuencia de aquel comprador.

Así son utilizadas diversas formas como: en la ventana o en la pagina web el contrato se presenta arriba y los botones para la aceptación abajo; la opción de aceptación sólo es liberada después de corrido todo el contrato a través de la barra lateral (*scrow roll*); la sección ya empieza con la opción marcado en “no acepto” o “no concordó” haciendo con que el usuario o adquirente tenga que obligatoriamente cambiar la opción para seguir; etc. Las maneras son muchas para ilustrar, una más creativa que la otra, en la búsqueda de que el consentimiento y la manifestación sean eficaces.

Un de los temas de dificultad planteados para su interpretación “estriba en que no existe una firma o una muestra de consentimiento que se conserve como prueba de la aceptación del usuario”¹⁰, diferente de los contratos firmados con la mano. Pero estos sistemas se utilizan de *logs* que son históricos de todos los catastros y aceptaciones.

En cuanto a la validez de los contratos de *clickwrapping*, el tema en las Cortes de los Estados Unidos de América es aún muy controvertido. Sin embargo, en los casos que han generado duda en cuanto su validez, los términos del contrato generalmente se han mantenido¹¹.

En los casos manejados por tribunales estadounidenses donde admiten la existencia de “eficacia jurídica” en los contratos en estudio, entienden que: al “aceptar” a través de la pantalla manifestó consentimiento por la “aceptación en línea”¹²; que efectivamente “firmó el contrato” oprimiendo el botón “acepto”¹³; que por ese medio fue celebrado un “contrato”¹⁴ o aún un “contrato de suscripción”¹⁵.

¹⁰ ALEJANDRO, Javier Ribas. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en internet*. 1a. ed., 2a. reimp., Pamplona: Editorial Aranzadi, 2000, p.87.

¹¹ Algunos *cases* para ilustrar: *Feldman v. Google, Inc.*, No. 06-2540, 2007 WL 966011 (E.D. Pa. Mar. 29, 2007) (mantuvieron la cláusula de jurisdicción); *In re RealNetworks, Inc. Privacy Litigation*, No. No. 00-1366, 2000 WL 631341 (D. Ill. May 8, 2000) (mantuvieron la cláusula de arbitraje); *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie*, No. 98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Cal. Apr. 16, 1998) (concede la prescripción preliminar para la abertura del contrato alegada para violar los términos del servicio usando una cuenta de Hotmail para enviar el *Spam* o la pornografía). La corte dijo que fué clickeado el botón del *clickwrap* después de del aviso que diera consentimiento; *I. Lan Sys., Inc. v. Netscout Serv. Level Corp.*, 183 F. Supp. 2d 328, 336 (D. Mass. 2002) (mantuvieron el contrato de *clickwrap* por dos argumentos: primero, el *clickwrap* es simplemente "ahora dinero, los términos después" cuanto su formación; en segundo lugar, la corte entendió que los "términos adicionales" de la licencia del *clickwrap* no esta bajo a la UCC (§207(2)(b)); *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F.Supp.2d 593 (E.D. Pa. 2007) entendió que ciertos aspectos del contrato de *clickwrap* de *Second Life* es "irracional, y por lo tanto inaplicable"; *Caspi v. Microsoft, LLC*, llevó a cabo una cláusula de la selección del foro en un contrato en línea para la calidad de miembro fue consentido a cuando el usuario cliqueó el símbolo "yo concordo" del contrato para seguir con el registro. Wikipedia. Disponible en <http://en.wikipedia.org/wiki/Clickwrap> - Internet [acceso el 12/11/2007].

¹² *Compuserve, Incorporated c. Patterson, Richard S.* - Court of Appeals, Sixth Circuit, 1996/07/22.

¹³ *Lawrence Groff c. AOL (America Online, Inc.)* - Superior Court State of Rhode Island, 1998/05/27.

¹⁴ *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie*, No. 98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Cal. Apr. 16, 1998) y también en *Spera, Carlos c. AOL (America Online, Inc.)* - Superior Court Nueva York, 1998/01/27.

¹⁵ *Steven J. Caspi et al. c. The Microsoft Network L.L.C. y Microsoft Corporation* – Superior Court of New Jersey, Appellate Division 1999/07/02.

Resáltase que a pesar de que las Cortes norteamericanas han buscado reglar los contratos de *clickwrapping* en cuanto a su validez y fuerza, ellos no adoptan ningún criterio como regla general. El análisis es hecho en cada caso particularmente, entendiendo por su “forma” como un contrato unilateral (adhesión).

La Ley Modelo¹⁶ sobre Comercio Electrónico de la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas (UNCITRAL), que es utilizada por los Estados como fuente normativa, trata también del consentimiento (oferta/aceptación) entre las partes¹⁷, así como de la validez del contrato hecho a través de los medios electrónicos en general¹⁸.

Entre otras normativas internacionales importantes que abrigan y aseguran la validez de los *clickwrap agreements*, podríamos citar: la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas (UETA)¹⁹ y el Proyecto Final de la Ley Uniforme de Transacciones sobre Información Computarizada (UCITA)²⁰, ambos de los Estados Unidos de la América²¹; y la Directiva europea sobre comercio electrónico²².

¹⁶ Res. 51/162 (UNCITRAL), aprobada en 16/12/1996 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁷ Art. 11 - “en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos”, “no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”. Res. 51/162 (UNCITRAL).

¹⁸ Art. 12 - “no se negaran efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”. Res. 51/162 (UNCITRAL).

¹⁹ *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) de 29/07/1999, de la *National Conference of Commissioners of Uniform Sattte Laws* (en la sección 7 trata del reconocimiento legal de los registros electrónicos, firmas electrónicas y contratos. En su sección 2 presenta las definiciones. La transacción automatizada es tratada también en la sección 114).

²⁰ El proyecto de la *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) de 29/09/2000, de la *National Conference of Commissioners of Uniform Sattte Laws* (trata de la manifestación de asentimiento – sección 112).

²¹ Otro proyecto en discusión es el *Uniform Comercial Code* donde también abrigaría el *clickwrapping*.

²² Directiva 2000/31 de 08/06/2000 (art. 9.1 - “Los Estados miembros velarán por que su legislación haga posibles los contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán, en particular, que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por via electrónica”).

En Argentina, el Proyecto del Código Civil de 1998 trata la materia, donde admite cualquier tipo de soporte - tanto del soporte papel como de los actuales soportes magnéticos (como los populares diskettes, hoy casi obsoletos) u ópticos (como los discos ópticos) - para la formación de los actos jurídicos que necesiten medios técnicos para su reproducción (art. 263), y como requisito “Los instrumentos generados por medios electrónicos deben asegurar la autenticidad, integridad e inalterabilidad del contenido del instrumento y la identificación del oficial público” (art. 268)²³.

Es menester aquí hacer, en este momento, la distinción entre las medidas jurídicas presentes en diversos sitios en línea - tales como los encontrados en las redes sociales, shoppings virtuales, sitios de servicios, portales, etc. - presentados en forma de instrumentos como de términos de uso y políticas en general, así como licencias generales (a ejemplo, proyectos que flexibilización de licencias para obras intelectuales y protección de propiedad intelectual en línea).

Estos instrumentos son generalmente presentados, de manera equivocada, como forma de acuerdo o contrato pero jurídicamente no lo son. La diferencia entre estos y los contratos está exactamente en la no posibilidad de aceptación, o sea, imposibilidad de la exteriorización del consentimiento y aceptación del contenido presente en estos instrumentos jurídicos por el usuario. Estos instrumentos son hechos de manera unilateral (adhesión) y sin posibilidad de aceptación por la otra parte.

²³ CHAYER, Hector Mario. *Forma de los actos jurídicos y nuevas tecnologías en el Proyecto de Código Civil Argentino*. AR: Revista de Derecho Informático. No. 017 - Diciembre del 1999. Disponible en <http://www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=376> [acceso el 20/11/07].

Así pues, estas medidas jurídicas son solamente consideradas meros avisos (*disclamers*), términos, políticas y licencias generales, categorizados también como universales, no poseyendo ninguna fuerza contractual. Por consecuencia, no se producen los efectos legales inherentes de los contratos.

Otrosí, con la llegada de la llamada *web 2.0*, ya existen “nuevos modelos contractuales”²⁴ en la Internet, que son hechos de forma bilateral, con la perfección a través del expreso consentimiento y de la aceptación exteriorizada.

4. La limitación de la autonomía de la voluntad en los contratos electrónicos

Después de estudiarnos la autonomía de la voluntad, el consentimiento contractual, y el nuevo modelo de contratación, los llamados contratos *clickwrapping*, nos toca hacer el cotejo directo, para más tarde tejer nuestras conclusiones.

El contrato electrónico contiene “una nueva forma de expresar, transmitir, y en un nivel superior, de manifestar la voluntad y por tanto el consentimiento, distinta a la tradicional o analógica”²⁵.

Vimos que la legislación de los Estados Unidos de la América y la de la Comunidad Europea, admiten de manera general la idoneidad de la nueva forma de contratación por medio de los contratos *clickwrapping*. Así como la

²⁴ “El caso de la iniciativa ColorIURIS (www.coloriuris.net), creada por el español Pedro J. Canut, un sistema mixto de autogestión y cesión de derechos de autor de los contenidos (en línea o no) a partir del modelo continental, donde registra y deposita los contratos de licencia, hechos de forma bilateral, donde hay la posibilidad de aceptación por parte del usuario/adquiriente”. ColorIURIS - colores de autor. Internet. Disponible en <http://www.coloriuris.net/es:info> [acceso el 02/10/2007].

²⁵ RUIZ, Carlos Barriuso. *La contratación electrónica*. 3a ed., Madrid: Dykinson, 2006, p.165.

legislación en Argentina acepta por las formas de consentimiento y de libertad de contratación previstas en su ordenamiento (art. 974, Código Civil).

En Argentina, los actos jurídicos deben ser “voluntarios” (art. 944, Código Civil) y hay contrato cuando las partes se ponen de acuerdo sobre una declaración de “voluntad común” (art. 1137, Código Civil).

La ley en otras palabras quiere decir que sin la manifestación o exteriorización de la voluntad de ambas partes, no solamente de una, “no hay contrato”. Por consiguiente, si la manifestación existiera de manera no voluntaria, habrá algún vicio de consentimiento.

Los *clickwrap agreements* son hechos generalmente de forma unilateral, o sea que el empresario propietario del sitio en la Internet o del *software* es el que elabora todo el contenido del contrato, y al usuario o adquiriente solamente le corresponde la aceptación o no del mismo.

En este actual modelo de contratación, el usuario o adquiriente no tiene la posibilidad de manifestar su disconformidad con los términos del contrato.

Así quedan restringidos y limitados a la simple aceptación, “no teniendo” oportunidad de modificar, crear o extinguir obligaciones contractuales de la manera que le conviene, pues el mecanismo tecnológico empleado (la plataforma – *interface*) fue elaborado con el objetivo de limitar al usuario o

adquiriente frente a su derecho de negociación para el cambio de las cláusulas presupuestas por el otro contratante, buscando por otro lado más dinamismo²⁶.

Otrosí, la partes tienen el derecho de negociar y establecer voluntariamente el contenido del contrato, asegurado por la ley. Por otra parte, estos instrumentos son hechos de manera estandarizada, buscando abarcar la mayor cantidad de usuarios posibles, pues son hechos en masa.

Del mismo modo, la autonomía de la voluntad queda reducida y limitada a simple “aceptación” de todos los términos del contrato para la conclusión y perfección del mismo, o le toca la “no aceptación”, volviendo así al *status quo ante*, donde el contrato no va en ningún modo a perfeccionarse (caso en que el usuario o adquirente quedará sin el servicio o producto deseado).

Percíbese en esto momento que el usuario o adquirente cuando acepta el contrato por medio del clickeo del ratón, perfeccionando el mismo, no está necesariamente concordando ni asintiendo “todo” el instrumento jurídico. Su voluntad real puede ser eventualmente de cambiar algunos de los contenidos para la forma que le conviene.

Asimismo, él acepta las condiciones solamente para tener el servicio o el producto deseado. En ese momento se crea un verdadero “conflicto de voluntades”, donde la voluntad interna choca con la voluntad declarada, pues no se corresponden. ¿Así, cual sería la “voluntad real” del usuario o adquirente?

²⁶ Veáse ALEJANDRO, Javier Ribas. *Aspectos...*, p.90.

Las lecciones de los franceses Ripert y Boulanger, nos llevan a la idea más coherente: “Bajo el imperio de la idea comercial de la *seguridad* en los negocios, se ha sostenido que era preciso remitirse a la *expresión de la voluntad*; únicamente el hecho externo de la declaración de la voluntad tiene un carácter social y por lo tanto un valor jurídico. Bajo el imperio de la *idea moral* de un deber de conciencia que se superpone a la obligación jurídica, nos vemos llevados a decidir que solamente debe ser tenida en cuenta la *voluntad interna*, ya que es de ella de donde el contrato extrae su fuerza. (...) En realidad, el problema debe ser planteado en términos diferentes. La voluntad interna y la voluntad declarada forman un todo indisoluble: por una parte, una declaración de voluntad no puede producir ningún efecto de derecho si no corresponde a una voluntad real; habría una contradicción en los términos; por otra parte, la voluntad interna no adquiere valor jurídico más que a condición de exteriorizarse. Se trata, no de sacrificar la una a la otra, sino de determinar su *importancia respectiva* y la cuestión está en saber en el fondo si la declaración de voluntad debe ser considerada como la traducción infalible de la voluntad interna (teoría de la declaración de la voluntad) o si, por lo contrario, no suministra simplemente el medio de descubrir la voluntad real, de tal suerte que haya manera, llegado el caso, de rectificar los errores y de reparar las imperfecciones que se hayan registrado (teoría de la voluntad real)”²⁷.

Pareciera que normalmente la voluntad expresada por el usuario o adquirente en el contrato de *clickwrapping* no es la voluntad interna, o sea, su voluntad real.

Ruiz entiende que “si admitimos que el consentimiento está compuesto por: motivación, intención, deliberación, decisión, expresión o manifestación, transmisión y conocimiento o toma de razón, por el oferente, habrá

²⁷ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence: París, 1952. Traducción DAIREAUX, Delia García. *Tratado de derecho civil - según el tratado de planiol*. Tomo IV - Las obligaciones (1a parte). Volumen I. La Ley: Buenos Aires, 1964, p.105/106. Versee también BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. 2a ed., act., 1a reimp. Editoreal Astrea: Buenos Aires, 1988, p.193/195.

que examinar cada programa o cada contratación electrónica para determinar el grado de instrumentalización y de reflejo de voluntad diferida o potencial”²⁸.

Las voluntades de las partes sólomente serían respetadas si tuviesen la debida autonomía, libertad para elegir las condiciones y los reglamentos que las obligaran.

5. Las cláusulas predispuestas y los contratos de adhesión

El contrato *clickwrapping* tiene actualmente como característica su naturaleza de un contrato de adhesión, por el motivo de ser hecho de manera unilateral. El clásico “tómalo o déjelo”, careciendo así de la verdadera voluntad del adquirente, forzando a que una parte sea siempre más fuerte que la otra.

Los contratos celebrados por adhesión son aquellos en los que “la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas”²⁹.

Por esto medio elegido por el estipulante, se pierde la posibilidad de negociación puntual de los contenidos y de las cláusulas de los contratos. En consecuencia se aplica la teoría general de los contratos de contenido predispuesto, donde prevalecen los criterios más rígidos.

²⁸ Veáse RUIZ, Carlos Barriuso. *La contratación ...*, p.165.

²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. 2a ed., act., v1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.140.

Las cláusulas predispuestas y el contrato de adhesión tiene como principal efecto “la invalidez de las mismas, que desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional que afectan la libertad contractual o la buena fe, o importan abuso de derecho”³⁰.

El juez siempre buscará la intención común de las partes, o sea, la voluntad real e interior de ellas, no se limitará al sentido literal, como pasa en el derecho francés y alemán³¹.

La Ley de Defensa del Consumidor de la República Argentina (Ley 24.240 de 15/10/1993) protege los consumidores de los términos abusivos existentes en los contratos predispuestos (adhesión), donde se tendrán por no convenidas estas cláusulas (arts. 37 y 38).

Cuando se trata de la venta prevista por el art. 33 de la LDC, (cuando la propuesta se realiza por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar, y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios), le serán aplicables los principios de esta normativa³².

Además, el Código Civil argentino considerará abuso de derecho cuando se excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071).

³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, p.144.

³¹ (“Esta última solución es la consagrada por el art. 1156: “En las convenciones se debe buscar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, en lugar de limitarse al sentido literal de los términos.” Pero en tanto que, partiendo de una concepción doctrinaria diametralmente opuesta, el Código civil alemán llega a admitir, en su art. 133, esta búsqueda de la voluntad real, nuestro derecho positivo, por una evolución inversa, y bajo la presión de las necesidades prácticas, ha debido, en ciertos puntos, aceptar el predominio de la voluntad declarada sobre la voluntad real.”) RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité...*, p.105/106.

³² SCHÖTZ, Gustavo J. *Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en internet*. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, vol. 201. Buenos Aires, 2002, p.31.

Hoy por hoy, las “cuestiones jurídicas”³³ más importantes en un contrato son referentes a: - las cláusulas de elección de ley aplicable y jurisdicción competente; - la elección de arbitraje; - el lugar de formación del contrato; - los alcances de los servicios; - los alcances de las licencias para uso de *softwares*; - los alcances de las licencias de propiedad intelectual; - la privacidad; - el secreto y confidenciabilidad y; - la responsabilidad civil.

En resumen, estas son las cuestiones más costosas en un contrato. Las alteraciones del contenido de estas cláusulas pueden dejar un contrato más o menos oneroso para las empresas.

Como por ejemplo, la excusa más común por las empresas que realizan las contrataciones por medio de la Internet es que en el caso de alteración de las cláusulas de ley aplicable o de jurisdicción para los países o de las localidades de los consumidores, el contrato quedará más oneroso, pues en caso de eventual litigio la empresa tendrá que contratar diferentes abogados en diferentes países del mundo, donde no tienen representación o sucursal. Así el producto quedará mucho más caro, entendiéndose por la estandarización de los contratos la mejor solución.

Asimismo, los tribunales entienden que estas cláusulas, interpretadas como abusivas, no tienen validez. Como en los fallos estadounidenses que entendieron, en cuanto a la cláusula de elección de jurisdicción: por la extensión territorial voluntaria³⁴; que la cláusula son válidas

³³ Véase BRIZZIO, Claudia R., *Contratación...*, p.236.

³⁴ *Compuserve, Incorporated c. Patterson, Richard S.* - Court of Appeals, Sixth Circuit, 1996/07/22.

prima facie y pierden validez frente a los derechos del consumidor³⁵; debe alterarse únicamente como excepción³⁶; que no procede en el caso de poder de negociación desmesurado³⁷.

Para Lorenzetti, “es válida la celebración del contrato por adhesión a condiciones generales de la contratación, sea que ello se logre por una adhesión expresa, tácita, o aun por actos meramente lícitos o comportamientos declarativos o no declarativos. Las cláusulas referidas pueden ser controladas judicialmente en cuanto a su incorporación y su contenido. En relación con la cláusula de prórroga de jurisdicción en los contratos de consumo, ésta es abusiva(...)”³⁸.

5. Conclusión

El mercado del *e-commerce* (comercio electrónico) está cada vez más consolidado y el avance tecnológico nos obliga a revisar los conceptos tradicionales del derecho.

El consentimiento, traducción de la autonomía de la voluntad es el elemento esencial para la formación de un contrato, el cual sería nulo sin su debida exteriorización.

³⁵ Spera, Carlos c. AOL (America Online, Inc.) - Superior Court Nueva York, 1998/01/27.

³⁶ Lawrence Groff c. AOL (America Online, Inc.) - Superior Court State of Rhode Island, 1998/05/27.

³⁷ Steven J. Caspi et al. c. The Microsoft Network L.L.C. y Microsoft Corporation – Superior Court of New Jersey, Appellate Division 1999/07/02.

³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio...*, p.205.

Los nuevos modelos de contratación, por medio electrónico a través del cliqueo (*clickwrap agreements*) son las nuevas tendencias, y su validez es admitida con carácter adhesivo (contratación predispuesta).

Además, por esta nueva modalidad de contrato la autonomía de la voluntad encuentrase limitada a la simple aceptación o no. Sin posibilidad de cambios o elecciones.

Estas limitaciones no derivan del mecanismo empleado y si de la voluntad de la parte estipulante del contrato, aquél que elabora todo el contenido del mismo.

Frente a esta realidad, entendemos que la tecnología debe ser utilizada a fin de evitar los problemas jurídicos encarados actualmente y no para limitarlos. El dinamismo no perderá su fuerza por ello.

La llamada *web 2.0* - que es la transición que se ha dado de aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones que funcionan a través del web dirigido a los usuarios - ya es una realidad. Y la modalidad de contratación por *clickwrapping* también puede acompañar estos cambios.

La *web 1.0* es comprendida como todo hecho de forma unilateral (existencia de una sólo persona), donde las políticas y términos generales, los actos, son realizados sin la participación de otras partes y personas (sin contribución). Las ofertas aparecen de forma universal, permanente y generica en la red.

Cuando hablamos de la nueva generación, queremos decir que todos los actos son realizados de persona para persona (*peer to peer*) - *inter partes* -, donde las ofertas son direccionadas, hay una doble interacción, existencia del consentimiento de ambas partes y no sólo de una.

Así se comprende en los contratos, la “oferta” y la “aceptación”. En la antigua red teníamos solamente el consentimiento de la persona ofertante y la obligación del usuario de aceptar para tener su servicio o producto. Aún esta concepción existe.

Entendemos que los próximos contratos por el medio del *clickwrapping* deberán utilizar la tecnología para el beneficio de la seguridad jurídica. Las cláusulas más críticas y mayormente cuestionadas, aquellas ya tratadas (como de elección de ley aplicable y jurisdicción competente; de arbitraje; lugar de formación del contrato; alcances de los servicios; alcances de las licencias para uso de *softwares*; alcances de las licencias de propiedad intelectual; privacidad; secreto y confiabilidad y responsabilidad civil) que encarecen el contrato, deben ser colocadas de forma abierta, con textos alternativos para la elección de los consumidores (usuarios/adquirientes), posibilitando la modificación de las mismas.

Con esto, el consentimiento del usuario o adquiriente ante estas cuestiones son debidamente exteriorizados mediante su voluntad, libre y autónoma, otorgando más seguridad al contrato. Hay quien dice que esto puede hacer que el dinamismo que el contrato tiene hoy pierda fuerza, pero en contrapartida el contrato ganará más fuerza y validez por la seguridad que implica.

Cuando eso efectivamente pasar, ahí podemos decir que los contratos estará en la era de la *web 3.0*, donde las preferencias de los usuarios son tomadas en cuenta.

No olvidemos también el principio básico de toda relación contractual, el principio de la buena fe, donde se traduce la protección y confianza, especialmente en el medio electrónico. Adhiriendo a la nueva concepción de los *clickwrap agreements* las empresas estarán obrando con buena fe³⁹.

Para ilustrar, en los contratos por *clickwrapping* de la nueva generación los usuarios o adquirentes podrán elegir cual ley aplicable (de su país, del país del ofertante u otra más benéfica); cual será la jurisdicción competente (de su país, del país del ofertante u otra más benéfica); etc., todo a través del clickeo del ratón de la computadora.

Todos nosotros contratamos y dependemos de ellos para la practica de muchos actos de la vida civil. En la Internet tampoco es novedad. Ahora les toca a las empresas adaptarse al nuevo modelo de contratación a los nuevos conceptos y tendencias.

6. Bibliografía

ALEJANDRO, Javier Ribas. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en internet*. 1a. ed., 2a. reimp., Pamplona: Editorial Aranzadi, 2000

³⁹ Veáse RUIZ, Carlos Barriuso. *La contratación ...*, p.161.

BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*. Tomo 1. 2a ed., act., 1a reimp. Buenos Aires: Editoreal Astrea, 1988.

BRIZZIO, Claudia R., *Contratación mediante click-wrapping*. Revista Responsabilidad civil y seguros - La jurisprudencia en el mundo. La Ley, Año II, n.6, Noviembre-Diciembre de 2000.

CHAYER, Hector Mario. *Forma de los actos jurídicos y nuevas tecnologías en el Proyecto de Código Civil Argentino*. AR: Revista de Derecho Informático. No. 017 - Diciembre del 1999. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=376> [acceso el 20/11/07].

GARRIDO, Roque Fortunato; ZAGO, Jorge Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*. 2 ed. act. y aum. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1998.

LASARTE, Carlos. *Principios de derecho civil*. Tomo Tercero, 8a. ed. - Contratos. Madrid: Marcial Pons, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. 2a ed., act., v1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MATO, Juan Carlos Menéndez. *El contrato vía internet*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005.

OVSEJEVICH, Luis. *El consentimiento: sus términos*. Buenos Aires.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence: París, 1952. Traducción DAIREAUX, Delia García. *Tratado de derecho civil - según el tratado de Planiol*. Tomo IV - Las obligaciones (1a parte). Volumen I. La Ley: Buenos Aires, 1964.

RUIZ, Carlos Barriuso. *La contratación electrónica*. 3a ed., Madrid: Dykinson, 2006.

SCHÔTZ, Gustavo J. *Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en internet*. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, vol. 201. Buenos Aires, 2002.