
La Contratación Electrónica

KATHERINE CHANG O'CAMPO

Catedrática de Derecho Civil en la Universidad
Femenina del Sagrado Corazón

Des de antigua data, la correspondencia epistolar fue el medio de comunicación utilizado para contratar por aquellas personas entre las cuales no era posible una comunicación inmediata. Con los adelantos de la ciencia, la contratación se ha venido realizando a través de otros medios, tales como el teléfono o el telegrama. Hoy en día, los individuos emplean a los medios informáticos como nuevos sistemas de comunicación para celebrar los más variados negocios jurídicos.

Esto último no es sino prueba de la influencia de la informática sobre el Derecho, la misma que puede ser analizada desde múltiples perspectivas. Por ejemplo, si abordamos el tema desde la óptica del derecho penal, hablaremos de un delito informático. Si analizamos la materia desde el arista del derecho industrial, hablaremos del dominio de campos en internet o de la Resolución N°121-1998/ODA-INDECOPI, publicada el 17 de julio del año de 1998 que regula el uso del software o programa de ordenador. El presente trabajo, sin embargo, abordará el tema desde una perspectiva distinta, pues nuestro propósito es que el lector advierta las modalidades que presenta la contratación electrónica, así como la problemática existente al respecto.

Ahora bien, la contratación electrónica comprende dos grandes campos. De un lado, encontramos a los contratos informáticos y de otro, a los contratos telemáticos.

Veamos qué diferencia existe entre ambos tipos contractuales.

I. LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

Los contratos informáticos son aquellos que tienen por objeto bienes y servicios derivados de la tecnología informática.

En efecto, el contrato informático es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes se obliga a transferir la propiedad de un bien informático, a procurar su uso, o a prestar un servicio de esa naturaleza y la otra a pagar un precio como contraprestación.

- Ejemplos:

Un claro ejemplo de un contrato informático es el que viene empleando el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil para brindar el servicio de comprobación de datos a diversas entidades públicas o privadas, a través de la página web de internet.

De acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26497, Ley Orgánica del RENIEC y en la segunda Disposición Final de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es un registro público. En tal sentido, se ha implementado el servicio de consultas en línea, vía internet, como una forma de acceso a la información contenida en sus archivos. Para tener dicho acceso las entidades interesadas deben observar las formalidades exigidas por el TUPA de la institución.

Otros ejemplos de contratos informáticos son los siguientes:

- i) Un contrato de suministro del soporte informático necesario para la ejecución de un sistema descentralizado de captura de información. En virtud de este contrato el beneficiario del suministro se obliga a pagar un precio como contraprestación, en tanto que la empresa suministrante se obliga a proveer lo siguiente: un servidor de red, ups para el servidor, un modem de comunicación, hubs de distribución, impresoras matriciales, estaciones de captura de la información, un software de red, aplicativos de captura de información y consultas, cableado, etcétera.
- ii) La compraventa, el arrendamiento o el suministro de equipos de cómputo.

- Principales Cuestionamientos:

El lector se preguntará porqué hacemos referencia a un contrato informático como si fuese una nueva modalidad contractual, si se tiene en cuenta que dicho acto es por su naturaleza un contrato típico como lo es uno de compraventa o de locación de servicios y que, incluso, dicho contrato podría constar en un papel escrito con una antigua máquina de escribir.

Ocurre que los contratos informáticos ostentan perspectivas insospechadas y una peculiar problemática que justifica un tratamiento especial, sobre todo lo relativo a la responsabilidad civil que emerge de este tipo de contratos.

Veamos.

La responsabilidad en los contratos informáticos puede generarse a partir de la existencia de defectos en el equipo físico y tangible (el teclado, la pantalla, el cpu, los cientos de piezas en el interior del computador, etc) denominado en el argot informático "hardware", o de defectos en el "software" o programa del computador.

- Responsabilidad por defectos en el hardware:

Imaginémonos que el Instituto Superior San Ignacio de Loyola (empresa especializada en la enseñanza de computación) contrata con Computer Shop S.A. la compraventa del equipo de cómputo necesario para

abrir otro local en San Isidro. Efectuada la compraventa, instalado el equipo e iniciadas las clases en el nuevo local, el equipo de cómputo falla constantemente al punto que las clases deben suspenderse. La existencia de defectos en el hardware podrían irrogar a la empresa usuaria cuantiosos daños y perjuicios.

En esta hipótesis, la responsabilidad de Computer Shop S.A. se resuelve sin mayor dificultad, toda vez que -en rigor- los defectos del hardware constituyen vicios ocultos del bien, en consecuencia el tema de la responsabilidad se resuelve aplicando las consideraciones jurídicas tradicionales, así como las normas previstas por el Código Civil, sobre el particular.

Los defectos del hardware obedecen -por lo general- a un mal uso del equipo, un mantenimiento deficiente o a la utilización de repuestos distintos a los originales, por ello resulta necesario prever en los contratos cuyo objeto está constituido por equipos informáticos cláusulas destinadas a evitar la ocurrencia de daños.

Tales cláusulas deben referirse a:

- a) El establecimiento de un plazo de entrega e instalación los equipos adquiridos.
- b) El otorgamiento de una garantía.
- c) La obligación de saneamiento por vicios ocultos.
- d) El deber de informar al cliente sobre el funcionamiento y correcto manejo de los equipos antes y durante su instalación.
- e) La obligación de provisión de accesorios y/o repuestos.
- f) La obligación de mantenimiento del equipo.

De ser posible, la adquisición de equipos informáticos debe efectuarse mediante la compraventa a satisfacción del comprador o la compraventa a prueba previstas en los artículos 1571 y 1572 del Código Civil, respectivamente.

- Responsabilidad por defectos del software:

El tema relativo a la responsabilidad por defectos del software es uno complejo y controvertido, en atención a la multiplicidad de los elementos técnicos y humanos que intervienen en el hecho generador del daño.

Nos explicamos.

i) Los responsables de los daños y perjuicios que ocasionen el defecto en el software pueden ser varios o un sólo sujeto.

En la cadena de producción, comercialización y uso de los programas informáticos es posible que todos, algunos o sólo uno de los diversos sujetos que intervienen en ella contribuya u origine el defecto en el programa informático. Siendo esto así, es justo que cada uno responda sólo si la actividad que ejerce es la causante del daño.

Adviértase que los defectos en un programa se deben, entre otras consideraciones, a:

- Error en la concepción algorítmica o código fuente.
- Escritura defectuosa de una instrucción o rutina del código objeto.
- Error de grabación en la matriz o alguna de sus copias.
- Mala instalación del programa.
- Mala utilización del programa.

«La confiabilidad del documento electrónico es quizá el talón de aquiles de los contratos telemáticos.»

Veamos un ejemplo. Contrato con la empresa Microland la compraventa de un software de red que permita la captura de información y procesamiento de datos, cuyos derechos de autor le corresponden a la empresa IBM del Perú S.A. La empresa COMNET S.A. instala el sistema, el mismo que falla ocasionando cuantiosos daños. En esta hipótesis, ¿Cómo saber si el sistema falla porque fue mal concebido por la empresa productora, porque fue mal instalado o simplemente, mal utilizado por el usuario?

La dificultad de la respuesta a dicha interrogante evidencia la complejidad que reviste la materia que nos ocupa. Sin duda, tal complejidad no es otra que la necesidad de probar el nexo causal, el factor subjetivo (dolo o culpa) y la efectiva ocurrencia de daños y perjuicios para que el pago de la indemnización correspondiente prospere.

ii) Según se considere que el software tiene por naturaleza la de un producto o un servicio, varían los alcances de la responsabilidad.

No existe criterio unívoco en doctrina respecto de si el software es un servicio o un producto.

Quienes afirman que el software es un servicio consideran que el problema de la responsabilidad se resuelve con las normas que regulan la locación de servicios y la responsabilidad contractual.

En cambio, quienes sostienen que el software es un producto recurren a un factor objetivo de responsabilidad (prescindiendo así de la prueba del dolo o la culpa) y resuelven la materia aplicando el régimen legal que regula la responsabilidad del productor, así como la protección al consumidor. En otras palabras, probada la ocurrencia de los daños y perjuicios irrogados por la existencia de defectos en el software, la empresa productora del mismo se hallará obligada

al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Veamos ahora lo relativo a los contratos telemáticos.

II. LOS CONTRATOS TELEMÁTICOS

Los contratos telemáticos son aquellos cuya celebración se realiza utilizando medios informáticos. Esto es, cuando los contratantes se valen de la tecnología informática para crear, regular, modificar o extinguir obligaciones de cualquier naturaleza.

Los principales contratos telemáticos son los siguientes:

- Los contratos celebrados mediante computadores programados algorítmicamente para realizar la contratación.
- Los contratos celebrados a través de beeper o sistema busca personas.
- Los contratos celebrados mediante el facsímil.
- Los contratos celebrados por teléfono.
- Los contratos celebrados a través de la red de interlan.
- Los contratos celebrados por un operador que se comunica con un banco de datos con información estructurada algorítmicamente que permite que él mismo pueda encontrar lo que necesita.

- Los contratos celebrados a través del correo electrónico.
- Aquellos contratos celebrados mediante transferencias electrónicas de información como el E.D.I o aquellas utilizadas en las transacciones comerciales, los fondos bancarios, las mensajerías, etc.

- Ejemplo:

Digicash es un banco holandés que ofrece a sus clientes el E-CASH, vale decir, dinero electrónico que permite comprar en Internet.

Para utilizar el sistema, el cliente debe abrir una cuenta en un banco internacional para enviar un depósito inicial a Digicash. Luego, Digicash proporciona un software que será reproducido en la memoria interna de la computadora del cliente, a fin de que Digicash pueda transferir electrónicamente, vía internet, parte de ese dinero a la computadora del cliente. Cuando dicha transferencia se realiza el usuario puede visualizar un saldo a favor en su computador.

Ahora bien, cuando el cliente decide qué bien va a adquirir, sólo debe presionar una celda en el software de E-CASH para transferir el dinero a través del Internet hacia la empresa vendedora, la cual deposita los fondos en su propio banco. Luego el cliente puede ver en su pantalla el producto que ha adquirido.

Mediante el E-CASH, el pago es inmediato y reservado, ya que a través de un mecanismo de código complejo toda la información se guarda bajo claves que sólo conoce el cliente.

Para probar el pago efectuado por el cliente a una determinada empresa, el cliente de E-CASH puede solicitar al banco el equivalente electrónico de un cheque cancelado. Además, en caso que la computadora falle y el dinero electrónico se pierda, el cliente puede obtener un reembolso.

- Principales Cuestionamientos:

Como problemas privativos a ésta nueva modalidad contractual podemos señalar lo relativo al régimen legal aplicable, al valor probatorio del documento electrónico, a la seguridad jurídica del contrato telemático, la formalidad en este tipo de contratos, entre otros aspectos.

a) Régimen legal aplicable a los contratos celebrados mediante medios informáticos

Si bien es cierto que las reglas establecidas en el código civil fueron concebidas para un tipo de contratación desprovista de tecnología informática, también lo es el hecho de que dichas reglas hoy en día, aún resultan aplicables a la contratación computarizada. Esto es así en razón a que sin importar el medio de comunicación que las partes empleen para contratar, se continuará considerando que un contrato se celebra en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Analicemos un tipo de contrato telemático a fin de advertir cómo se aplican las reglas que prevé nuestro código civil a esta modalidad contractual. Veamos cómo se forma el consentimiento en un contrato de compraventa celebrado a través de una máquina de expendio automático.

En la contratación con máquinas de expendio, es claro que cuando las empresas ponen a disposición del público estas máquinas, están manifestando una voluntad que en el régimen peruano equivaldría a una invitación a ofrecer.

De esta manera el usuario se constituye en el oferente y la empresa en el destinatario de la oferta, así como en aceptante a través de la máquina de expendio.

Ahora bien, como todos sabemos de acuerdo a la teoría de la recepción acogida por nuestro código civil en el artículo 1374, la oferta se considera efectuada cuando llega al domicilio del destinatario de la misma.

En el caso de la contratación a través de máquinas de expendio, la oferta se considera recibida en el momento en que ésta llega a la máquina y ello ocurre en el momento en el que -siempre que la máquina esté funcionando- el usuario ingrese el dinero y presione los botones.

Siendo esto así, el contrato se celebra en el mismo instante en que la máquina expide el bien o pone el servicio a disposición del usuario. Nótese que una vez que el usuario declara su oferta recibe de manera automática una respuesta equivalente a una aceptación que es instantáneamente conocida por el usuario.

b) Valor probatorio del documento electrónico.

El computador no sólo puede utilizarse para transmitir o documentar una voluntad externa, sino también para determinar el contenido de la misma. Ello ocurre -por ejemplo- cuando un computador se programa para que venda o compre en determinados momentos y condiciones.

Puede ocurrir que en una fábrica en la que se ha informatizado su sistema de abastecimiento, al agotarse el stock de alguna materia prima, el computador inmediatamente envíe una orden de compra en la que se determina la cantidad y la calidad del bien que se ha agotado a otra computadora programada algorítmicamente para contratar.

En este caso, la oferta, su aceptación y el contrato de compraventa en sí no constarán en un papel, por escrito, sino en un documento electrónico, vale decir, en un documento memorizado en forma digital por el computador y que puede ser leído sólo a través de éste.

Así las cosas, cabe preguntarnos si de existir alguna controversia en la que se requiera probar la compraventa efectuada, ese documento electrónico constituye un medio de prueba aceptado por nuestro actual régimen procesal.

El Código Procesal Civil Peruano adopta el sistema de la prueba libre y reconoce al documento como un medio probatorio típico, en su artículo 192.

Entre los documentos, según puede advertirse del artículo 234, modificado por la Ley N° 26612 de mayo de 1996, se hallan **la telemática en general y los soportes informáticos** en tanto modalidad de las microformas y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

Cabe precisar, asimismo, que nuestra ley procesal civil regula en su artículo 193 a los **auxilios técnicos o científicos** como medios probatorios atípicos.

Con base en los preceptos anotados, el documento electrónico puede considerarse como un medio probatorio reconocido por la ley peruana.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que el documento electrónico es un medio probatorio válido en nuestro ordenamiento, debemos formularnos nuevamente otra interrogante: ¿Qué valor probatorio asiste a dicho documento?.

A nuestro modo de ver, su valor dependerá de un lado, de que su eficacia probatoria no sea cuestionada mediante una tacha que pretenda acreditar su nulidad o falsedad y de otro lado, de la sana crítica del juez.

Recuérdese que nuestro Código Procesal Civil se adhiere al sistema de la sana crítica, según el cual el juez valora los medios probatorios de manera conjunta y sólo aquellos que son determinantes del sentido de su decisión, son expresamente señalados en su resolución (argumento del artículo 197 del C.P.C.).

Sin duda alguna, el tema relativo al valor probatorio del documento electrónico requiere de estudios por parte de la doctrina, así como de una oportuna sanción legislativa. Entre tanto, parece imprescindible que las partes definan anticipadamente el valor probatorio que les merece los documentos electrónicos. Así por ejemplo, las partes podrían estipular que la recepción de un mensaje en una cierta dirección electrónica a cierta hora equivale a una aceptación irrevocable de innegable valor.

c) Seguridad jurídica de los documentos electrónicos.

La confiabilidad del documento electrónico es quizá el talón de aquiles de los contratos telemáticos, toda vez que la inalterabilidad del documento electrónico no es una cuestión zanjada para la propia informática.

El documento electrónico es aquel formado a través de los órganos de salida de un computador. Por ello, suele pensarse que dicho documento puede desaparecer total o parcialmente, ser modificado por defectos del propio computador o alterado maliciosamente. Sin embargo, la posibilidad de alteración de un documento electrónico dependerá del grado de confiabilidad del mismo. Dicha confiabilidad depende, a su vez, del nivel de permanencia del documento y de los elementos de seguridad de que halla sido dotado.

Considérese que los documentos electrónicos tienen un nivel de permanencia diverso, según el cual pueden agruparse de la siguiente manera:

- a) *documentos volátiles*: aquellos contenidos en la memoria RAM (*Random Acces Memory*) del computador, la misma que desaparece en cuanto se apaga la computadora.
- b) *documentos duraderos*: aquellos contenidos en cintas o discos magnéticos, cuya permanencia subsiste hasta que el usuario los cancele.
- c) *dòcumentos permanentes*: aquellos contenidos en la memoria ROM (*Read Only Memory*) del computador, creados para permanecer en el tiempo.

Ahora bien, las alteraciones de la información contenida en un documento electrónico, pueden obedecer a causales internas, como por ejemplo disfunciones del software o causales externas, como modificaciones dolosas efectuadas por el usuario o terceros.

Entre las causales internas suelen presentarse las siguientes:

Alteraciones	Causas	Solución
<ul style="list-style-type: none"> • En la fase de memorización. • En la fase de elaboración. • En la fase de transmisión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Omisión de datos. • Típeo errado. • Cambios bruscos de temperatura. • Disfunciones del programa por virus. • Cambios de voltaje. • Disturbios en la línea o red. 	<ul style="list-style-type: none"> • Doble tecleo del texto en dos terminales distintos. • Utilización de un programa capaz de advertir las diferencias. • Utilización de programas-testing. • Estabilizadores de corriente. • Sistemas de acondicionamiento de la temperatura, humedad. • Utilización de sistemas de transmisión a distancia.

En cuanto a las causas externas de alteración de los documentos resulta necesario precisar que día a día la informática crea nuevos sistemas o mecanismos de seguridad, a fin de otorgar mayor confiabilidad al tratamiento computarizado de la información. La adopción de las medidas que se anotan a continuación podrían evitar adulteraciones del documento electrónico:

- i) La correcta programación del software, el mismo que no debe ser uno de uso comercial.
- ii) La utilización de llaves, códigos secretos en el software.
- iii) La existencia de un único número que va relacionado con el contenido del documento generado de la firma digital.

La firma digital es la unión de una clave privada (conocida sólo por quien envía el documento) y otra clave pública. Como tal representa un elemento de seguridad tanto para el emisor del documento cuanto para quien lo recibe.

- iv) La apertura del documento sólo es posible si el destinatario utiliza su llave electrónica para abrir el documento, lo que le permite verificar la firma del emisor y luego sellar el documento electrónico con su password.
- v) El uso de técnicas criptográficas para escribir datos relevantes, de modo que el programa sea inteligible por quien no conoce la criptografía utilizada.

d) Los actos jurídicos formales

Nuestro ordenamiento jurídico ha sido concebido sobre la base de la escrituralidad del documento, por ello cuando establece la formalidad *ad-solemnitatem* de los actos jurídicos prevé a la forma escrita o a la Escritura Pública como tal.

Ello determina que actualmente no sea posible celebrar a través de medios informáticos aquellos actos jurídicos para los cuales nuestra ley civil ha dispuesto a la Escritura Pública como requisito de validez, como es el caso de la hipoteca, la donación, un acuerdo de separación de patrimonios, entre otros.

No obstante ello, resulta necesario señalar que la intervención del notario es posible en la contratación telemática, a fin de dotar de fe pública a un documento electrónico privado. Así, por ejemplo, el notario podría certificar las firmas digitales o elaborar al propio documento el que quedaría asentado en archivos electrónicos. ¹⁵³

BIBLIOGRAFÍA

- ALTMARK, Daniel Ricardo. "La Responsabilidad Civil en los Contratos Informáticos". En: Revista Ius et Praxis Enero-Diciembre 1996. N° 26. Páginas 69 a 78.
- BAUZÁ REILLY, Marcelo. "Responsabilidad Civil en materia Informática" En : Revista Ius et Praxis Enero-Diciembre 1996. N° 26. Páginas 58 a 68.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "El Delito Informático en el Código Penal Peruano". Volumen N°6 de la Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997.
- CASTILLO FREYRE, Mario. "Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada" Volumen N°3 de la Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997.
- GIANNATONIO, Ettore. "El Valor Jurídico del Documento Electrónico". En: Informática y Derecho. Buenos Aires. Depalma, 1987.
- NUÑEZ PALOMINO, Germán. "La Seguridad Jurídica en la Contratación Electrónica". En: Diario Oficial "El Peruano" del 14 de octubre de 1997. Página b-6.
- NUÑEZ PONCE, Julio. "Derecho Informático: Nueva Disciplina Jurídica para una Sociedad Moderna". 1996.
- RODRIGUEZ VELARDE, Javier. "Los Contratos a Distancia". En: Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses. Año II. N° 1.
- SALTOR, Carlos E y TORRES CALOS, Marcos. "Contratos Informáticos y Contratos Telemáticos". En: Revista Ius et Praxis Enero-Diciembre 1996. N° 26. Páginas 79 a 84.