

COMPRAVENTA POR INTERNET Y SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL PERÚ*

GRUPO DE INVESTIGACIÓN:**

Antonio José Santander Rengifo (Director)

Nicolás Efraín Carbajal Torres

Cruz Lisset Silva Del Carpio

María Briseida Villanueva Ramos

En cambio, si como yo sostengo, pensamos que la nueva economía está basada en un potencial de crecimiento de la productividad sin precedentes, como resultado de la extensión de los usos de Internet a toda clase de empresas y en operaciones de diversa índole, entonces podemos afirmar que estamos entrando, muy probablemente, en un nuevo mundo empresarial.

MANUEL CASTELLS. La Galaxia Internet.

Sumario: 1. Introducción 2. Compraventa por Internet 2.1. Oferta 2.2. Aceptación 2.3. Perfeccionamiento de la compraventa 2.4. Contrato sin comunicación inmediata 2.5. Seguridad en la compraventa por Internet 3. Determinación del régimen jurídico aplicable 3.1. Acuerdo entre las partes 3.2. Foro del consumidor 3.3. Foro del vendedor 3.4. Autorregulación de Internet 3.5. Proximidad y prestación característica 3.6. Comercialización del producto 4. Jurisdicción competente 4.1. Determinación de la jurisdicción por las partes 4.2. Fuero del domicilio del demandado 4.3. Lugar de ejecución del contrato 4.4. Lugar de celebración del contrato 4.5. Jurisdicción personal 4.6. Arbitraje 5. La situación de los consumidores por Internet en el Perú 5.1. Contratos de adhesión y cláusulas generales de contratación 5.2. Normas para la contratación con cláusulas generales 5.3. Importancia de la información 5.4. Derecho de resolución 5.5. La identificación de las partes 6. Ventajas y problemas de la compraventa electrónica por Internet en el Perú 6.1. Ventajas 6.2. Problemas 7. Consideraciones finales.

1. introducción

El mundo cambia constantemente, las relaciones entre los sujetos se han transformado considerablemente. Internet es un factor muy importante en toda esta revolución técnica, económica, cultural, científica y social. Tiene sus orígenes en ARPANET, una red de ordenadores desarrollada por la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada¹ (ARPA - Advanced Research Projects Agency) del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica, en setiembre de 1969. La construcción de ARPANET se justificó como un medio de compartir el tiempo de computación *on line* de los ordenadores entre varios centros de informática y grupos de investigación de la agencia. El diseño de una red de comunicaciones flexible y descentralizada buscaba construir un sistema de comunicaciones militar capaz de sobrevivir a un ataque nuclear. Pero no es hasta el año 1995 que Internet nace para las empresas y para la sociedad en general². Es así como la

gran ciencia, la investigación militar y la cultura de la libertad³, se constituyen como las tres grandes fuentes del desarrollo de Internet.

Con el tiempo, Internet se ha convertido en la más grande e importante red de comunicaciones que ha existido, por la cual es posible realizar una serie de actividades. A través de ella es viable la comunicación interpersonal o grupal de mensajes; la consulta de información técnica, científica, económica, social, comercial, etc.; la transferencia de archivos y programas en tiempo real; la adquisición de bienes y servicios ofertados por entidades comerciales en general; la constitución de una más ágil relación de los particulares con el Estado; entre otras cosas. Las relaciones comerciales entre los agentes concurrentes en el entorno electrónico son diversas, las cuales se distinguen unas de otras en virtud de los participantes en juego. Es así como las empresas, los consumidores y el gobierno pueden relacionarse económicamente.

Dentro de este universo de relaciones, el comercio electrónico a través de Internet se caracteriza por comunicar directamente a las empresas y a los consumidores, por medio de sitios *Web* de acceso global. Es a través de este medio que se suelen desarrollar contratos de compraventa masificados, es decir, dirigidos a un universo indeterminado de potenciales contratantes, los cuales deciden obligarse sobre la base de ciertos términos y condiciones contractuales preestablecidos por la empresa oferente.

* Los autores expresan su agradecimiento al doctor Enrique Bardales Mendoza, profesor de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y al doctor Fernando Carbajo Cascón, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca (España) por sus valiosos comentarios y sugerencias para el desarrollo del presente trabajo.

** Los autores son estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de la Asociación Civil Foro Académico.

¹ La Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA) fue creada, en 1958, para movilizar recursos procedentes principalmente del mundo universitario, a fin de alcanzar superioridad tecnológica militar sobre la Unión Soviética.

² Para mayor información sobre los orígenes de Internet y su desarrollo consultar CASTELLS, Manuel. La Galaxia Internet. Barcelona: Areté, 2001. 317 pp.

³ Entendida como una cultura o ideología basada en la defensa sin paliativos de la libertad individual como valor supremo –a menudo contra el gobierno pero a veces con la contribución de algunos gobiernos–, como en la defensa de la privacidad frente a los intereses comerciales.

La presente investigación pretende analizar el proceso de compraventa por Internet tratando de conciliar consideraciones normativas y doctrinarias. Asimismo, reconoce que la protección al consumidor en este tipo de transacciones es una materia de gran importancia, la misma que se aborda en base a consideraciones jurídicas. El estudio de las ventajas y problemas que se presentan en el comercio electrónico tiene un espacio privilegiado, con grandes perspectivas para el futuro.

2. Compraventa por Internet

Internet es un medio desmaterializado por el cual se pueden realizar múltiples transacciones comerciales entre los particulares. Entre ellas podemos encontrar a la compraventa de bienes. En estas operaciones, se hace uso del ordenador sólo como herramienta de comunicación, es decir, las partes emiten sus declaraciones de voluntad a través de Internet gracias al uso de estos sistemas informáticos.

En primer lugar, para lograr celebrar una compraventa es necesario acceder a una página *Web* que ofrezca los bienes que se demanda. Para un análisis más claro, se tomará como ejemplo el acceso a la tienda virtual www.ec-store.com.pe. Ella ofrece bienes de diversa naturaleza como electrodomésticos, artesanías, artículos de cuero, discos compactos, artículos deportivos, artículos de belleza, juguetes, libros, licores, perfumes, revistas, víveres, etc. Asimismo, cuenta con una grupo de tiendas afiliadas a las cuales se puede acceder. Entre estas últimas tenemos a La Canastería, Alda, Samsung, Philips, LG, Compaq, Per Antivirus, Perfumerías Unidas, Rosatel, Florerías Unidas e Invetsa Mascotas.

A partir de este momento se realiza una búsqueda respecto del bien que se desea adquirir, el cual será mostrado interactivamente. En principio, lo que tenemos ante nosotros son las características descriptivas del producto y el precio de adquisición, sin considerar aún los gastos de envío. Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la información brindada hasta el momento.

2.1. Oferta

Según la Teoría General de los Contratos, la oferta contractual es la declaración de voluntad conocida por el destinatario que obliga al oferente. Para que una oferta sea válida será necesario que sea completa o autosuficiente (que contenga todos los elementos del contrato propuesto, de tal manera que permita que mediante la simple aceptación del destinatario se forme el contrato); que contenga la intención de contratar del oferente de manera seria; que sea conocida por el destinatario para que vincule al oferente; que contenga la determinación del oferente (es necesario que el oferente se identifique para que el destinatario pueda saber con quién va a contratar) y; que se dé en forma solemne, si así lo exige la ley⁴.

Generalmente se considera que la oferta debe tener carácter recepticio, debe estar dirigida a persona determinada. Se justifica esta posición al señalarse que la oferta debe contener todos los elementos del contrato propuesto incluyendo necesariamente la de-

signación del destinatario con quien se pretende celebrar el contrato. Otra razón esgrimida es que "(...) si es un requisito de la oferta que ella contenga la intención del oferente de celebrar el contrato propuesto, resulta difícil que alguien tenga la intención de contratar con cualquiera (...)". Siguiendo este orden de ideas, la declaración de voluntad dirigida a persona indeterminada no es una oferta, puesto que el considerarla como tal significaría que el oferente se obliga con personas a quienes ni siquiera conoce.

Otro sector de la doctrina considera que el carácter recepticio de la oferta no es un elemento esencial de ella. Pueden surgir problemas en los casos en que la oferta tiene como destinatario a un conjunto indeterminado de sujetos, los cuales son potenciales consumidores de los productos descritos en el sitio *Web* del vendedor. Este tipo de relación es la común en Internet.

Para determinar si la receptividad es un elemento necesario en la oferta de este tipo de contratación, se tiene que tomar en cuenta los conceptos de oferta al público y el de invitación a ofrecer.

La oferta al público es aquella no dirigida a persona determinada sino a una generalidad de terceros. La oferta al público y la invitación a ofrecer son claramente dos instituciones diferentes. Mientras la primera es dirigida a destinatarios indeterminados y obliga a su emisor, la invitación a ofrecer es una declaración de voluntad que no obliga a quien la emite. Cosa distinta es que por opción legislativa, el Código Civil peruano en su artículo 1388° señale que "La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente". Esta disposición ha sido criticada por quienes no encuentran justificada la tergiversación de los efectos jurídicos de dos instituciones diferentes. Volviendo a la opción del Código Civil peruano, a cuya crítica nos adscribimos, la oferta al público que se da en Internet valdría como invitación a ofrecer, concepto por el cual el oferente no se obliga, pudiendo cancelar la orden emitida por el consumidor según su elección de consumo. Mas, para efectos de la presente investigación, se considerará a la oferta al público por Internet en su real contenido jurídico: el de oferta.

Por tanto, lo que encontramos en Internet es una oferta⁵ y no una invitación a ofrecer o publicidad. Para ello es necesario que el aceptante tenga "(...) conocimiento de las íntegras condiciones del contrato cuya celebración le ha resultado accesible (...). Es obvio que si estos términos no son íntegramente accesibles, lo que el sitio *Web* presenta no es una oferta sino una mera *invitatio ad offerendum* o, menos aún, una simple actividad publicitaria"⁷. De este modo, el acceso a las íntegras condiciones del contrato⁸ es necesario para que sea consi-

⁵ Ibid. p. 225.

⁶ Es "(...) oferta permanente de un sitio comercial donde las características esenciales del contrato propuesto se definen automáticamente y presentan al público gracias a un software que puede tener en cuenta diferentes datos (...)". Esto se observa en: THOUMYRE, Lionel. "Intercambio de Consentimiento en el Comercio Electrónico". En: Derecho de la Alta Tecnología n° 134. Año XI. octubre, 1994. p.9.

⁷ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Derecho de la Contratación Electrónica. Madrid: Civitas, 2001. p.265.

⁸ Las condiciones de un contrato de compraventa por Internet más importantes son las siguientes:

- Identidad del proveedor.
- Características especiales del producto.
- Forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- Plazo de validez de la oferta.

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XI. Primera Parte. Tomo II. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. pp.213-234.

derada como una oferta al público. Si bien es cierto para que la oferta exista en un contrato de compraventa sólo es necesaria la concurrencia de sus elementos esenciales, el mismo entorno electrónico de Internet hace que estos últimos no basten para que ésta sea considerada como oferta al público.

En consecuencia, en la compraventa por Internet realizada a través de www.ec-store.com.pe, la información presentada como resultado de un proceso de búsqueda está dirigida a una serie indeterminada de posibles contratantes, los cuales tienen acceso a ella de manera irrestricta. Esta información está compuesta por una descripción general del producto y el precio del mismo, sin considerar gastos de envío. El precio total de la transacción es determinable, toda vez que los gastos de envío, cuyos márgenes están previamente señalados en las condiciones del contrato, serán calculados en el formulario de detalle de pago. Asimismo, es posible conocer a las condiciones del futuro contrato a través de un enlace, el cual es totalmente accesible a los consumidores. Por ello, la información proporcionada por la empresa a través de su tienda virtual es una oferta al público, que la vincula al consumidor.

Habiendo definido la oferta que tiene ante sí el comprador, este puede desecharla o aceptarla. El mecanismo para realizar esta aceptación y su eficacia jurídica serán tratados a continuación.

2.2. Aceptación

La aceptación es una declaración de voluntad emitida por el destinatario de la oferta y dirigida al oferente, en la cual comunica su conformidad con los términos de la oferta⁹. Una aceptación válida tiene que ser congruente con la oferta, coincidiendo por completo en todos sus términos; tiene que ser oportuna, es decir, emitida durante la vigencia de la oferta; tiene que estar dirigida al oferente; tiene que contener la intención de contratar del aceptante; y, tiene que guardar la forma requerida cuando se trate de contratos solemnes, o que sin serlos sea exigida en la oferta.

Es por todos conocido que la aceptación en la compraventa por Internet generalmente se emite pulsando con el *mouse* la opción que indica la página *Web* para celebrar el contrato. Al hacerlo, el sujeto da su aceptación respecto de la oferta, la cual contiene los términos del contrato de compraventa. Se podría criticar esta forma de declarar la aceptación, toda vez que “es insuficiente para demostrar con certeza la aceptación del internauta a la compra y tremendamente peligroso para el consumidor que en ‘un clic’ se ve comprometido. Es por eso que, se recomienda a la empresa elegir un procedimiento que permita, realmente, poseer la prueba del consentimiento del internauta a la compra. Este procedimiento es el ‘doble clic’”¹⁰.

Habiendo tenido acceso a la oferta del bien buscado en nuestra ya mencionada tienda virtual, se inicia el proceso de formación de la aceptación. De este modo, se opta por comprar el producto accediendo a la opción de compra proporcionada en esta fase de la transacción. Es así como, se ingresa a una descripción más detallada del producto ofertado.

En dicha descripción se acompaña nuevamente un icono de compra, el cual nos remite a un formulario de registro. En este se exige como requisito para contratar que ingresemos nuestros datos personales¹¹ y elijamos un nombre de usuario y un *password* para la creación de una cuenta en la tienda virtual. Luego de este registro, se nos presenta nuevamente un icono de compra que nos permite continuar con la formulación de la aceptación, teniendo acceso al llamado “carrito de compras”. En éste es posible elegir la cantidad de bienes a comprar. Asimismo, se indica que el precio del producto ya incluye el Impuesto General a las Ventas, mas no el gasto por envío, el mismo que variará según el lugar de envío y el peso. También en esta fase del proceso de la formación de la aceptación, se nos presenta la opción de efectuar la compra, la cual remite al formulario del Detalle de Pago. En esta etapa, se calcula el precio total de la transacción con las consideraciones respectivas al gasto de envío, dependiendo de la cantidad de días para el despacho. Los datos para el envío del producto (dirección y destinatario) son tomados del formulario de registro, pero se brinda la opción de variarlos, afectando sólo a esta transacción en particular. En el mismo formulario se procede a señalar el medio de pago de la compra¹². Una vez elegido éste, se ingresa el número de tarjeta de crédito y su fecha de expiración. Finalmente, se presenta la última opción de aceptar la orden, cuya decisión se dará por medio de un “clic”. De este modo se concluye el proceso de aceptación de la oferta.

El proceso de aceptación descrito para la compraventa por Internet se lleva a cabo por medio de una serie de “clics”, los cuales tienen una doble función. En primer lugar, la empresa pretende tener la seguridad de que el consumidor posea una voluntad real y sería de contratar; y, en segundo lugar, se busca proteger al consumidor quien debe pasar por una serie de fases de aceptación antes de comprometerse con su declaración. En estricto, el último “clic” realizado en el formulario de Detalle de Pago es la aceptación propiamente dicha, porque mediante ella el consumidor se vincula.

En este momento, cabe entrar a la discusión respecto de la validez y eficacia jurídica de la aceptación emitida a través de Internet. Al respecto, el legislador peruano ha considerado necesario indicar expresamente que nada impide que la aceptación, como toda declaración de voluntad, puede ser emitida por medios electrónicos. Ello se observa en la modificación del artículo 141º del Código Civil, dada por la Ley N° 27291:

“Artículo 141º.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo (...)”. (El subrayado es nuestro.)

¹¹ Entre los datos que nos exige la tienda virtual tenemos: nombres, apellidos, dirección, código postal, teléfono, Documento de Identidad, fecha de nacimiento, correo electrónico, ocupación, razón social y sexo.

¹² Es posible optar por tarjetas de crédito o por otros medios para el pago. Entre las tarjetas de crédito encontramos a Master Card (también Pagum), American Express, Dinners, Visa (también ViaBCP). Los otros medios de pago permitidos son WieseCash (tarjeta de débito del Banco Wiese), pago en cabina de Internet (se puede pagar en efectivo y recoger el pedido en las cabinas afiliadas al servicio EC Cab) y pago con WieseCargo Automático (sólo para empleados de El Comercio). Cabe destacar que éstas no son las únicas formas de pago existentes en Internet. Dependiendo de la tienda virtual es posible hacer uso de otras tarjetas de crédito, tarjetas de débito, monedero electrónico, pago contra entrega, etc.

Esto se puede apreciar en: RIBAS ALEJANDRO, Javier. Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet. Pamplona: Aranzandi, 2000. p. 66

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p.235.

¹⁰ IASONI, Marie. Comercio Electrónico, Aspectos Legales: Un desafío para el Derecho Peruano. Lima: Portocarrero, 2002. pp.78 -79.

Asimismo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) considera a la aceptación emitida como un mensaje de datos. Esta comisión ha redactado la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, la cual en su artículo 12º indica que "(...) de un mensaje de datos, no se negarán 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".

Esto hace que los efectos jurídicos de la aceptación emitida electrónicamente sean los mismos que la producida de manera verbal o escrita¹³.

2.3. Perfeccionamiento de la compraventa

Al aceptar la orden de compra, la compañía financiera de la tarjeta de crédito se comunica con el banco correspondiente para procesar la transacción. Procesada dicha transacción, la tienda virtual expide el acuse de recibo o estado de la orden, con la cual comunica si ha sido procesada con éxito. En caso haya sido procesada con éxito la orden y existiese algún problema, la empresa se contactará con el consumidor a las referencias ingresadas en el registro.

El Código Civil peruano, en su artículo 1374º, señala que se presumirá la recepción de la aceptación por parte de la empresa cuando el consumidor reciba el acuse de recibo. Del mismo modo, el inciso 5 del artículo 14º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico indica que, cuando el aceptante reciba acuse de recibo de su aceptación por parte del oferente, se presumirá que éste ha recibido dicha declaración.

En las transacciones de compraventa por Internet usualmente se hace uso de ordenadores que emiten el acuse de recibo de manera automática, previo proceso de programación para este efecto. Debemos tener en cuenta que, según el literal b) del inciso 2 del artículo 12º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, se entenderá que el acuse de recibo, como todo mensaje de datos, proviene de la empresa si ha sido enviado por un sistema informático programado por ella misma o en su nombre para que opere automáticamente. Por tanto, la empresa es realmente quien envía el acuse de recibo, a pesar que el ordenador lo emite inmediatamente producto de la programación.

2.3.1. Momento de celebración de la compraventa

Determinar el momento de la celebración de la compraventa es importante en la medida en que indicará desde cuándo las partes se encuentran sujetas a las condiciones del contrato y, por ende, a los derechos y obligaciones que de ella emanen.

Determinar el momento de celebración de la compraventa ha generado una serie de teorías en la doctrina. Así tenemos: **a) Teoría de la Declaración.** El contrato se considera celebrado en el momento en que el aceptante manifiesta que su voluntad coincide con la del oferente; por tanto, no hay necesidad de ningún otro acto para que se considere formado el contrato¹⁴. **b) Teoría de la Emisión.** El contrato se considera celebrado en el momento de la expedición de su aceptación hacia el oferente¹⁵. En la compraventa por Internet esta expedición de la aceptación se efectúa a través de la elección de la opción de contratar ofrecida en la página *Web*. **c) Teoría de la Recepción.** El contrato se considera celebrado con la llegada de la aceptación a la dirección del oferente, es decir, dicha aceptación debe ingresar en la esfera de dominio de quien emitió la oferta¹⁶, siendo este último en el caso de la compraventa por Internet, el sistema informático. **d) Teoría de la Cognición.** El contrato se considera celebrado en el momento en que la empresa tiene conocimiento de la aceptación del consumidor¹⁷. En las transacciones de compraventa por Internet se considera como conocimiento de la aceptación al procesamiento automático de la orden de compra emitida.

El Código Civil peruano, en su artículo 1373º, acoge, en principio, la Teoría de la Cognición. Sin embargo, el artículo 1374º del mismo cuerpo legal considera a la aceptación conocida en el momento en que llega a la dirección del oferente, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla, con lo que adopta la Teoría de la Recepción.

Es importante tener en cuenta bajo qué teoría se considera celebrado el contrato, aún más cuando "según la clase de los casos y los países, las soluciones propuestas no armonizan forzosamente entre ellas (...)"¹⁸.

No obstante, la Teoría de la Recepción ha sido generalmente adoptada en el campo del comercio internacional, la misma que ha sido propuesta en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

En el comercio electrónico por Internet existen ciertas precisiones que hacer, ya que intervienen ciertos elementos adicionales particulares de este medio. Es el caso que, para la recepción de la declaración de voluntad, no sólo se deberá tener en cuenta la ubicación física del oferente y del aceptante, sino también se tendrá en consideración el sistema informático que recibe y envía tal aceptación. El sistema informático es todo medio técnico por el que se transmite, recibe y archiva una aceptación, que podría referirse a una red de comunicaciones o a un servidor. Éste es útil para determinar el momento de celebración del contrato electrónico por Internet, al cumplir, en el medio electrónico, una función semejante a la ubicación física de las partes.

La aceptación en la compraventa por Internet es la declaración de voluntad más importante para la formación del consentimiento.

¹³ Rafael Illescas señala que "(...) el principio de equivalencia funcional y no discriminación de una parte y el principio de la inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados de otra. Como se ha venido indicando, ni puede negarse efectos a una declaración volitiva por el hecho de que se efectúa electrónicamente si el ordenamiento (*además*) indica que tales efectos se producirán 'cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren' ni, tampoco, puede afirmarse que una norma general deja de existir o ser aplicable a un método concreto de consentimiento por falta de particular contemplación legal del mismo y consiguientemente impidiendo la validez de los actos llevados a cabo mediante el expresado método". En: ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Op. Cit. pp.217-219.

¹⁴ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Informe sobre el comercio electrónico en el Derecho peruano" En: Revista Jurídica del Perú nº 35. Lima, año LII, junio, 2002. p.141.

¹⁵ *Ibid.* Loc. Cit.

¹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. pp.255-256.

¹⁷ *Ibid.* pp.252-255.

¹⁸ THOUMYRE, Lionel. Op. Cit. p.17.

Mediante ésta, el aceptante hace suya la voluntad del oferente. Habiéndose determinado con anterioridad que la Teoría de la Recepción es la adoptada por la legislación nacional y por la CNUDMI, cabe iniciar un análisis de los momentos de la emisión y recepción de la aceptación.

2.3.1.1. Momento de emisión de la aceptación por Internet

Existen dos condiciones necesarias para considerar una aceptación emitida en el entorno electrónico. En primer lugar, no basta que la aceptación haya salido del sistema informático del aceptante, sino que además entre a otro. En segundo término, se requiere que dicho sistema esté bajo el control del oferente o de un tercero¹⁹. Estas condiciones han sido reconocidas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en el inciso 1 del artículo 15º.

Para determinar el momento de emisión de la aceptación, es necesario tener en claro el concepto de entrada de dicha declaración electrónica, el cual posee particular importancia, ya que ayuda a entender y usar correctamente los conceptos de llegada o recepción en el medio electrónico. La entrada de la aceptación en un sistema informático, distinto de aquél en el que se generó, es el momento en que puede ser procesada en ese sistema, como señala el numeral 1 del artículo 11º de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de Junio de 2000 (Directiva sobre el Comercio Electrónico), cuando se hace "accesible" a su destinatario final, es decir, el oferente.

Por tanto, la entrada coincide con la disponibilidad de la aceptación para ser procesada en el Sistema Informático del oferente. Esto es distinto de su procesamiento propiamente dicho, así como de los resultados del mismo.

2.3.1.2. Momento de recepción de la aceptación

El momento de recepción de la aceptación coincide exactamente con el momento de entrada de dicha declaración electrónica en el sistema informático del oferente o del designado por éste. En este mismo sentido, el inciso 2 del artículo 15º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico considera el momento de recepción de la aceptación electrónica.

Los momentos de emisión y recepción de la aceptación son consideraciones independientes del hecho de que el sistema informático en el que entra dicha aceptación se encuentre emplazado en lugar distinto de aquél en el que se tiene por recibida²⁰. Esta diferenciación resulta fundamental para determinar el lugar de celebración del contrato, pues éste es entendido de forma diferente de la ubicación del Sistema Informático.

2.3.2. Lugar de celebración de la compraventa

Es necesario diferenciar dos conceptos: el lugar de recepción de la aceptación electrónica y el lugar del establecimiento del oferente. No obstante, para determinar el lugar de celebración del contrato existe la intención de que coincidan ambos lugares.

El lugar de recepción de la aceptación se entiende a partir del concepto de sistema informático. El lugar de emplazamiento de un sistema informático es el que se considera para determinar los momentos de emisión y recepción de la aceptación. Este lugar puede existir o no, pues "(...) los SI (Sistemas Informáticos) comienzan a carecer de emplazamiento fijo, se convierten en móviles y actúan sin hilos"²¹.

El lugar del establecimiento es el espacio físico del oferente; esto es, de su sede social o sede principal, para los casos en que el oferente tenga más de una.

Cuando el lugar de emplazamiento del sistema informático no coincida con el lugar del establecimiento del oferente, debe entenderse como lugar de celebración del contrato a este último, salvo que exista pacto en contrario. Se considera como solución más apropiada el pacto expreso que considere el lugar de establecimiento como el de celebración del contrato, para evitar los equívocos causados por la separación geográfica. De este modo, no sólo el momento de celebración del contrato estará relacionado con el oferente, sino también con su lugar de celebración.

Respecto de lo anterior se propone lo siguiente²²:

- Si existen varios establecimientos del oferente, se considerará que la aceptación ha sido recibida en el establecimiento que guarde una relación más estrecha con la operación de comercio que los contratantes buscan realizar.
- Si dicha operación de comercio es difícil de determinar por su imprecisión o multidiversidad, se sugiere que se tome en cuenta el establecimiento principal del oferente.
- Si el oferente no posee establecimiento mercantil alguno, se considerará su lugar de residencia habitual.

2.4. Contrato sin comunicación inmediata

Una vez analizada la celebración del contrato de compraventa por Internet, será preciso establecer la situación de los contratantes. Es decir, es necesario determinar si se trata de una contratación con comunicación inmediata o sin comunicación inmediata.

Inicialmente, la determinación de la situación de los contratantes era entendida en relación con su presencia física, esto es, si las partes se encontraban frente a frente y realizaban sus respectivas declaraciones de oferta y aceptación sin intervalos de tiempo, con inmediatez. Por ello, eran denominados contratos entre presentes y contratos entre ausentes. La idea de relacionar estos tipos de contratación con la presencia física traía problemas, toda vez que, encontrándose separados físicamente, era posible comunicarse con inmediatez, como es el caso de la comunicación telefónica.

Es así como, actualmente se considera que la presencia física no es el criterio adecuado para establecer la situación de los contratantes. El criterio que se ha de usar es la inmediatez en la comunicación.

Debido a lo anterior, tanto la doctrina como el Código Civil peruano han renunciado al criterio de la presencia física y han adoptado

¹⁹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Op. Cit. p. 262.

²⁰ *Ibid.* p. 264.

²¹ *Ibid.* p. 267.

²² *Ibid.* p. 270.

ahora el de la inmediatez en la comunicación, tal como se señala en el artículo 1385º del mismo cuerpo legal²³.

En la compraventa por Internet no existe inmediatez entre la oferta y la aceptación, toda vez que el oferente no conoce la aceptación en el momento en que se produce y tampoco el aceptante conoce simultáneamente cuándo aquél recibió su aceptación. Por tanto, estamos ante un contrato sin comunicación inmediata. En este mismo sentido, Illescas²⁴ considera que los Sistemas Informáticos son incapaces de generar algo similar a la inmediatez oral. Además, la aceptación en la contratación electrónica por Internet no concurre nunca en el tiempo simultáneamente con la oferta, a diferencia de lo que sucede en contrataciones de tipo verbal o telefónico. La rapidez de las comunicaciones virtuales no tiene relevancia en el entorno electrónico, ya que cada una de las etapas de declaraciones de voluntad lleva su tiempo.

2.5. Seguridad en la compraventa por Internet

Las transacciones realizadas por Internet gozan de una serie de ventajas frente a las formas tradicionales de comercio. Pero éstas, al desarrollarse en un espacio novedoso, han traído consigo problemas de seguridad, los cuales perjudican su desarrollo debido al desconocimiento y desconfianza en este medio.

La seguridad en Internet, en general, y en las transacciones comerciales, en particular, se ve afectada fundamentalmente por dos circunstancias. En primer lugar, las partes contratantes no se encuentran identificadas con total seguridad, es decir, siempre existe la posibilidad que sean diferentes de lo que informan ser. Esto se da básicamente debido al distanciamiento físico existente entre los contratantes y a su relativa imposibilidad de verificarlo por la necesaria rapidez de las transacciones exigida en este medio. En segundo lugar, los medios de pago tienen una característica particular en este ámbito, es decir, los datos referentes al pago realizado por los consumidores viajan a través del Internet. Por ello, existe el temor de que estos datos no sean transmitidos con total seguridad, pudiendo producirse su interceptación para su posterior aprovechamiento ilícito. Similares consecuencias pueden darse en la transmisión de datos personales de los consumidores.

La identificación de las partes contratantes en Internet puede ser complicada ya que el distanciamiento físico impide conocer con total seguridad con quién se está contratando. Por ello, se ha creado una serie de mecanismos para lograr reducir la inseguridad existente para la identificación de los consumidores y las empresas en el entorno electrónico de Internet.

2.5.1. Identificación de las partes

Las tiendas virtuales suelen exigir la identificación de los consumidores antes de realizar alguna transacción comercial. Se requiere que se complete un formulario de registro donde se consignan los datos personales de los consumidores que deseen contratar por este medio. En dicho formulario se registran el nombre, dirección, edad,

sexo, ocupación, nacionalidad, documento de identidad y otros datos del consumidor. De este modo, el consumidor es individualizado y obtiene una cuenta de cliente de la tienda virtual en cuestión, y sólo a partir de aquí es posible contratar. Una vez consignada dicha información, la empresa conoce los datos del comprador, además de otros como la dirección de envío. Si bien es cierto que este mecanismo de registro no ofrece total seguridad para la empresa vendedora, es el más difundido para transacciones de compraventa por Internet, debido a la necesidad de relaciones dinámicas y rápidas en este entorno. Básicamente, la inseguridad radica en la latente posibilidad de la consignación de datos falsos, inexactos o imprecisos en dicho registro. Por ello, las transacciones comerciales en este medio no se basan íntegramente en la plena identificación del consumidor, sino en los datos enviados para el pago, que consisten en el número de tarjeta de crédito u otro similar. En última instancia, lo importante para este tipo de empresas es asegurar el pago del producto materia de la compraventa, presumiendo que su cocontratante es el titular de la tarjeta de crédito, quien sí está previamente identificado por la entidad financiera correspondiente a través de procedimientos más rigurosos de registro. Por tanto, la identificación del consumidor se da, en principio, en virtud del formulario de registro que la tienda virtual exige completar, pero lo realmente importante para la empresa es verificar que el pago sea efectivo, asumiendo como consumidor al titular del instrumento usado como medio de pago.

En este mismo contexto surge el problema de la contratación *on line* con menores de edad (incapaces absolutos o relativos en el ordenamiento peruano²⁵). El Código Civil peruano castiga con la nulidad²⁶ el contrato celebrado con persona menor de dieciséis años de edad, y dicho acto será anulable²⁷ cuando el agente sea mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho, y siempre que haya sido realizado sin la autorización necesaria²⁸. En estos supuestos parecería que el menor o sus padres podrían alegar la nulidad de dicho contrato. Sin embargo, al haberse procedido con mala fe, ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del mismo, se les niega dicha posibilidad²⁹, teniendo que soportar sus efectos. Por tanto, en el ordenamiento peruano, un supuesto de compraventa celebrado entre un menor de edad y una tienda virtual tendrá plenos efectos jurídicos, siempre y cuando la nulidad no sea alegada por la tienda ni por algún tercero con interés³⁰. Lo usual en situaciones como la descrita anteriormente es el uso de la tarjeta de crédito de los padres por el hijo menor de edad y, si bien los padres están impedidos de alegar la nulidad, un tercero afectado por el uso de su tarjeta de crédito podría hacerlo en virtud de su legítimo interés. Del mismo modo, en el ordenamiento francés los padres quedan obligados por el contrato en virtud de la teoría de la apariencia, ya que el menor aparenta capacidad al poseer una tarjeta de crédito. Asimismo, en los Estados Unidos de Norteamérica el menor puede revocar el contrato en exceso de lo que está permitido por ley³¹.

Al consumidor le interesa saber con quién va a contratar, es decir, tener conocimiento de que la tienda virtual existe realmente y

²³ Artículo 1385º del Código Civil peruano.- "La oferta caduca:

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada. (...) " (El subrayado es nuestro.)

²⁴ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Op. Cit. pp.263-264

²⁵ Artículos 43º y 44º del Código Civil peruano.

²⁶ Artículo 219º del Código Civil peruano.

²⁷ Artículo 221º del Código Civil peruano.

²⁸ Artículo 227º del Código Civil peruano.

²⁹ Artículo 229º del Código Civil peruano.

³⁰ Artículo 220º del Código Civil peruano.

³¹ CARRASCO BLANC, Humberto Rolando. Contratación Electrónica y Contratos Informáticos. Santiago de Chile: La Ley, 2000. pp. 120-121.

evitar posibles fraudes que lo perjudiquen. Respecto de la identificación de la tienda virtual, las consideraciones sobre seguridad toman un sentido diferente de las del consumidor. En este ámbito, la tienda virtual se identifica frente al consumidor a través de su nombre de dominio. Ésta es la forma más fácil y accesible de identificar a la tienda con la cual se pretende contratar. Los nombres de dominio exigen cierto orden para evitar confusiones; éstos no son otorgados arbitrariamente, sino que se relacionan estrechamente con su empresa, persona o institución, para obtener una mayor difusión. Para regular la distribución de nombres de dominio en nivel internacional se creó ICAAN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), entidad sin ánimo de lucro que controla estos dominios mediante la habilitación de determinadas empresas que pueden asignarlas en distintas partes del mundo³². La entidad peruana responsable del registro y de la administración de nombres de dominio es la Red Científica Peruana, labor que realiza a través de PE-NIC (Perú - Network Information Center)³³.

Los nombres de dominio pueden ser genéricos: no hacen referencia a un código de país en particular, sino sólo a la actividad realizada. Las conocidas extensiones “.com”, “.net”, “.org”, entre otras, son un claro ejemplo de la genericidad en estos nombres. Asimismo, los dominios pueden corresponder a códigos de países determinados, los cuales se identifican por dos letras. Para el Perú la extensión “.pe” caracteriza a las empresas, y entidades en general, que desean cubrir dicha zona con su influencia. De este modo, el nombre de dominio, para una mejor identificación y orden, se divide en tres niveles. Éstos se pueden encontrar en el nombre de la tienda virtual referida en el ejemplo planteado (www.ec-store.com.pe). El primer nivel, también denominado TLD (Top Level Domains), es aquel que hace referencia a la zona geográfica peruana en la que la tienda busca proyectarse. La extensión “.pe” es muy importante para la identificación de la tienda virtual, ya que brinda luces acerca de la procedencia geográfica de la empresa. El segundo nivel, conocido como SLD (Second Level Domains), hace referencia a la actividad realizada por la entidad presente en Internet. Las empresas que buscan comerciar electrónicamente por Internet se caracterizan por contar con la extensión “.com” en sus nombres de dominio. Ésta es una forma adicional de poder conocer que una tienda virtual, que cuenta con esta característica, comercia electrónicamente. El tercer nivel está compuesto por el nombre de la tienda virtual, es decir, la empresa opta por una denominación, la cual será conocida por los consumidores que la visiten. En el caso propuesto, “ec-store” es el nombre elegido para identificarla. Las tiendas virtuales pueden haber existido físicamente con anterioridad o pueden ser creadas exclusivamente para realizar transacciones por Internet. En el caso de pre-existir, el nombre de dominio se constituye como un elemento de gran importancia para poder identificarla con el negocio físico ya existente y conocer con quién se está contratando. Una tienda creada exclusivamente para comerciar electrónicamente por Internet no cuenta con dicha facilidad en la identificación, por el contrario, pueden surgir dudas acerca de su existencia. Para ambos casos, un elemento indispensable para la identificación es poner a disposición del consumidor datos de la empresa tales como la razón social, dirección, teléfono, *e-mail*, etc. Esto es útil para el consumidor en la medida en que le permite tener relativa seguridad con dicha empresa, en primer lugar, de su existencia, y, en segundo lugar, de su identidad.

Problemas respecto de la identificación de la tienda virtual siempre existirán debido a la naturaleza misma de Internet. Estos problemas generan dudas razonables en los consumidores respecto de la existencia real de la tienda virtual, la seriedad de sus ofertas, la confidencialidad de sus datos, la seguridad de sus pagos, etc. Frente a este problema existen ciertas entidades que expiden sellos de seguridad, que permiten al consumidor poder realizar sus operaciones con mayor confianza.

2.5.2. Seguridad en el pago

Las formas de pago en las transacciones realizadas por Internet han cambiado constantemente, renovándose con el uso de la tecnología. A pesar de las nuevas tecnologías en este campo, la seguridad de este medio no es completa, ya que siempre existe la posibilidad que los datos para el pago sean interceptados por piratas informáticos o no cumplan con el objetivo para el cual fueron enviados.

En las operaciones de compraventa por Internet es usual el pago a través de medios electrónicos, es decir, utilizando sistemas informáticos que permitan el pago sin el contacto directo del consumidor y la empresa. Las tiendas virtuales que hacen uso de estos medios de pago en sus operaciones tienen la peculiaridad de exigir el pago antes de la entrega del producto. Dichos medios tienen características propias que pasaremos a indicar.

La tarjeta de crédito es el medio de pago más usado en las transacciones electrónicas por Internet. Esto se debe básicamente a su fácil uso y la seguridad que brinda a la tienda (ya que una entidad financiera respalda el pago) y al consumidor (por la protección de las tarjetas por seguros). El pago por medio de estas tarjetas consiste en cargar automáticamente los datos de compras contra una cuenta de crédito bancaria³⁴. El pago se ordena a través de la Red, mientras que la validación y realización efectiva se efectúa por medio de los circuitos normales que las entidades poseen para tal efecto³⁵. La tarjeta de débito es otra opción presentada por las tiendas virtuales para realizar el pago. Estas tarjetas están asociadas a una cuenta de ahorros, donde será necesario acreditar fondos suficientes para poder realizar la transacción. El mecanismo usado es muy similar al que se da en las transacciones personales directamente desde un terminal autorizado. El titular de la tarjeta se identifica con la presentación de ésta y digita su clave para finalizar la transferencia electrónica de fondos. La tarjeta de recarga es una nueva opción para el pago electrónico. Está vinculada a una cuenta corriente bancaria y avalada por Visa o MasterCard. Desde la propia Red se puede cargar por un determinado importe, del que se dispone libremente.

El miedo de los usuarios a dar sus datos personales a través de Internet ha llevado a las entidades financieras a buscar sustitutos de la tradicional tarjeta de crédito. Los objetivos son el establecimiento de un límite en la cantidad de dinero disponible, con lo cual el riesgo se reduciría a ese monto; el cargo instantáneo en la cuenta de la tarjeta y la desvinculación de la tarjeta para Internet de otras de uso cotidiano³⁶. Es así como, el Banco de Crédito del Perú ofrece la Tarjeta de Compras por Internet, la cual funciona en las tiendas virtuales como

³² Para mayor información, aconsejamos visitar: www.icaan.org

³³ Si desea mayor detalle, puede visitar: www.nic.pe.

³⁴ MALCA, Oscar. Comercio Electrónico. Lima: Universidad del Pacífico, 2001. p. 71.

³⁵ En el ordenamiento peruano el uso de tarjetas de crédito está regulado por Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 271-2000.

una tarjeta de crédito, pero sólo hasta el límite depositado en la cuenta bancaria. Esta tarjeta puede ser usada en todas las páginas *Web* que permitan el pago con tarjetas de crédito Visa. Por último, determinadas páginas *Web* hacen uso del mecanismo del contrarreembolso que es el único medio de pago que implica la utilización de dinero en metálico. Su principal ventaja es que garantiza la entrega de los bienes antes que el pago. Cabe destacar que en Internet existen múltiples y diversos medios de pago³⁷, pero los más usados en este medio son aquellos que hemos desarrollado.

Una vez identificados los medios de pago por Internet se debe analizar los sistemas técnicos que permiten la transferencia segura de datos por este medio. Son dos los sistemas más importantes en este ámbito de negocios *on line*: Secure Sockets Layer (SSL) y Secure Electronics Transactions (SET).

El SSL es un sistema de codificación basado en el estándar conocido como Data Encryption System. Ha sido diseñado por Netscape y permite sesiones de comunicación encriptadas, autenticación del servidor, de los mensajes y, opcionalmente, de los consumidores. El vendedor debe estar certificado en una organización reconocida por las partes y el consumidor debe usar un navegador compatible con el SSL. Este sistema está incluido en casi todos los servidores y navegadores existentes. Gracias al SSL, el comprador tiene la garantía de que el vendedor es quien dice ser, sin correr el riesgo de enviar sus datos de tarjeta de crédito a un impostor. Además, la información del pago enviada es cifrada, impidiendo su acceso a un tercero no legitimado para obtenerla. Sin embargo, el vendedor almacena en su sistema informático dichos datos de pago, lo que podría constituir un riesgo para el consumidor por posibles usos fraudulentos de la información proporcionada.

Las deficiencias del sistema anterior hicieron posible el diseño y desarrollo del SET por Visa y MasterCard. Cada uno de los agentes involucrados en la transacción posee una firma digital emitida por una autoridad de certificación SET. De este modo, el consumidor envía, firmada digitalmente por él, toda la información necesaria (el pedido, sus datos personales y la orden de pago). La tienda virtual recibe el pedido y comprueba la firma digital del consumidor. La empresa envía al banco la información del pago, a la cual no ha tenido acceso, para que éste autorice la transacción. Gracias al SET se garantiza la confidencialidad y la integridad de los datos financieros del consumidor; además, se logra la autenticación de la tienda virtual y del consumidor como participantes de la transacción, permitiendo una validación mutua. Este protocolo de seguridad es especial para pagos con tarjeta de crédito, a cuya información la tienda virtual no tiene acceso. Sin embargo, este sistema necesita de un software especial tanto en servidores como en navegadores y su principal preocupación está centrada en el pago, descuidando otros aspectos como los datos de formularios y el contenido de las páginas visitadas. La principal ventaja del protocolo SET es el uso de certificados electrónicos para asociar al titular de la tarjeta y al comercio con sus respectivas entidades financieras y de tarjetas de crédito. Los certificados electrónicos fortalecen estas relaciones y evitan los fraudes que otros métodos no aseguran³⁸.

³⁶ Guía Práctica de Internet 2000. Lo mejor para ir de compras por Internet. Madrid: Sol 90, 2000. p. 89.

³⁷ Entre los otros medios de pago existentes en Internet podemos encontrar: Tarjetas Inteligentes de Prepago, Home Banking, Stored-Value Cards, Electronic Cash, CyberCash, DigiCash, Tarjeta Monedero, etc.

Por ello, una alternativa de solución es la labor realizada por las entidades de certificación. Dichas entidades se dedican a evaluar a las empresas que participan en Internet y les extienden un certificado, el cual es expuesto en la misma página *Web* de la tienda. Estos certificados ofrecen seguridad al consumidor respecto de la identidad de la tienda, de los medios usados para el pago y de la confidencialidad de los datos. La entidad de certificación permite que en un entorno de contratación electrónica se pueda conocer plenamente las fuentes de donde provienen las ofertas, a fin de evitar los fraudes en la Red³⁹. España es un país que ha tratado, con la importancia que merece, este tema y ha propiciado la creación de diversas entidades de certificación, entre las cuales tenemos a ACE (Agencia de Certificación Electrónica) y a ATIENDES (Asociación de Tiendas Virtuales de España).

El ordenamiento peruano no cuenta con legislación apropiada en la materia. Esto dificulta aún más la consolidación del comercio electrónico en el país, debido a la latente desconfianza en los consumidores.

3. Determinación del régimen jurídico aplicable

Los contratos de compraventa por Internet pueden dar origen a múltiples controversias, las cuales necesitan ser resueltas desde el punto de vista jurídico. Por el carácter global de Internet se puede presentar la dificultad adicional de la existencia de legislaciones de distintos Estados, que buscan ser aplicadas para la solución de dichas diferencias. Es así como, cuando nos encontramos frente a un problema jurídico de índole contractual, para cuya solución tenemos varias legislaciones en pugna, recurrimos al Derecho Internacional Privado. Éste nos ayudará a determinar cuál será la legislación aplicable para la solución del conflicto. Sin embargo, tal como está normado en la actualidad, no es lo suficientemente eficaz para solucionar los problemas que pudieran suscitarse en el ámbito de la contratación electrónica por Internet.

Esto es así toda vez que "(...) cuando un comprador y un vendedor consuman una transacción comercial en la WWW [World Wide Web], Internet quiebra las barreras entre jurisdicciones físicas. De esta manera, no hay necesidad o posibilidad de tener en cuenta los tradicionales actos físicos que a menudo determinan la ley aplicable, y por la cual el comprador o el vendedor deben someterse a una u otra jurisdicción (...) "⁴⁰, ya que cuando hablamos de comercio en Internet nos encontramos ante un consumidor y un vendedor posiblemente ubicados en jurisdicciones diferentes, inclusive muchas veces las partes no tienen la certeza de la ubicación de su contraparte. Es así como "(...) imponer conceptos territoriales tradicionales en los usos comerciales de Internet tiene implicaciones dramáticas, exponiendo al usuario de Internet a regulaciones incoherentes..."⁴¹.

Siendo el fenómeno de Internet relativamente nuevo, no existe aún legislación peruana ni internacional que enfrente apropiadamente el problema, pero contamos con varios criterios al respecto que nos pueden ayudar a encontrar una solución.

³⁸ MALCA, Oscar. Op. Cit. pp.78-83.

³⁹ ESPINOZA CÉSPEDES, José Francisco. Contratación Electrónica, medidas de seguridad y Derecho Informático. Lima: RAO, 2000. p. 136.

⁴⁰ PARDINI, Anibal. Derecho de Internet. Buenos Aires: La Rocca, 2002. p.181.

⁴¹ Ibid. Loc. Cit.

3.1. Acuerdo entre las partes

Según este criterio, las partes, en ejercicio de la autonomía privada, decidirán la legislación a la cual deberá sujetarse el contrato. Para muchos, éste es el mecanismo idóneo, ya que dota a la transacción de seguridad jurídica.

Este acuerdo puede realizarse de manera expresa o tácita. El acuerdo expreso se produce cuando se tipifica en una cláusula, mientras que el acuerdo tácito se produce cuando existen "(...) indicios relevantes para apreciar la existencia de elección. [Estos indicios pueden ser] la referencia en el contrato a disposiciones o instituciones de un concreto ordenamiento, el comportamiento procesal de las partes, la presencia de una cláusula atributiva de competencia a los tribunales de un Estado, la sumisión a arbitraje institucional en el marco de un organismo de ámbito estatal fijando la sede del arbitraje en ese país, la determinación de un mismo lugar de ejecución de las diversas obligaciones, y cuando la elección se corresponde con los hábitos de las partes en sus relaciones contractuales"⁴².

La desventaja de este tipo de acuerdos radica en que la mayoría de los contratos de compraventa por Internet, *business to consumer*, son contratos por adhesión; por lo tanto, el consumidor no tiene plena libertad de elegir, no se encuentra en capacidad de negociar con el vendedor y así determinar la ley aplicable. Las grandes tiendas virtuales Amazon.com y BestBuy.com señalan la ley aplicable al interior de sus términos y condiciones contractuales. Amazon.com somete las disputas que puedan surgir en la relación contractual a las leyes del estado de Washington; por otro lado, BestBuy.com determina que las leyes del estado de Minnesota serán las que gobiernen los términos del servicio. Sin embargo, existen tiendas virtuales que no hacen estas referencias, pudiendo aplicarse otros criterios para determinar el régimen jurídico aplicable.

3.2. Foro del consumidor

Este criterio plantea que de no alcanzarse ningún acuerdo respecto de la legislación aplicable, se empleará la ley del lugar del consumidor.

Según la doctrina, esta solución resulta desfavorable para el vendedor, ya que éste "(...) puede ser arrastrado a una corte que puede estar virtualmente en cualquier lugar del mundo, y a esas transacciones habría que aplicarles leyes que no fueron contempladas en el momento en el que fue escrito el acuerdo de ventas (...) "⁴³. Esta situación se agrava aún más si se toma en cuenta la incertidumbre que existe respecto de la identificación y ubicación del consumidor.

Todo ello puede evitarse si el vendedor adopta medidas preventivas. De este modo, el vendedor "(...) podría tratar de maximizar la visita de algunos lugares que crea convenientes y de minimizar el acceso a otros (...) En el primer caso, provocando la visita a la página por usuarios de determinados lugares. (...) En el segundo caso, prohibiendo a los usuarios de algunos lugares el acceso a la página

(...)"⁴⁴. De esta manera, la tienda virtual lograría cierto grado de certeza en la legislación aplicable, así como poder elegir previamente que ordenamientos le son favorables respecto de sus objetivos. Existe la posibilidad que esta solución sea adoptada por ciertos vendedores, pero limita considerablemente los beneficios que implica una oferta global en la compraventa por Internet, al restringir la posibilidad de contratar con otras personas para quienes la oferta no sería válida.

3.3. Foro del vendedor

El criterio del foro del vendedor es también llamado la "regla de origen" y propone que, ante la falta de acuerdo entre las partes, debe aplicarse la ley del lugar del vendedor.

Las críticas son las mismas que en el caso del criterio anterior. En este caso, el consumidor soportaría la legislación y la corte del vendedor, la misma que puede ubicarse en cualquier lugar del mundo. Del mismo modo, se sufre también la falta de certeza respecto de la ubicación del vendedor.

El consumidor puede prever este tipo de problemas teniendo en cuenta, antes de contratar, la ubicación física del vendedor y la legislación a la que está sujeto y, según ello, celebrar el contrato o no. Sin embargo, y pese a lo anterior, siempre existe el riesgo provocado por la imprecisión en la ubicación de la tienda y el desconocimiento de la legislación aplicable en su territorio.

3.4. Autorregulación de Internet

Este criterio admite que las nuevas fronteras de Internet sustituyen a los clásicos límites territoriales y les reconoce el poder para imponer sus propias reglas. Así, propone un modelo de reglamentación con normas propias para regular Internet y sus relaciones, creada por los propios actores de la Red, al margen de los legisladores estatales y los mecanismos de cooperación entre Estados. Del mismo modo, se ha tendido a considerar a Internet como una jurisdicción independiente, con mecanismos propios de producción de normas y órganos específicos de solución de controversias⁴⁵. Esta idea de autorregulación del ciberespacio tiene en David G. Post uno de sus más importantes defensores⁴⁶.

Sin embargo, la pretensión de elaborar un régimen normativo autónomo y específico para Internet, marginando las normas estatales y la cooperación interestatal, plantea importantes objeciones.

Actualmente, uno de los principales problemas para la uniformidad de la autorregulación radica en que la regulación de Internet está recogida en instrumentos muy dispares (Códigos de Conducta, *Acceptable Use Policies*, *Request for Comments*, *Frequently Asked Questions*, etc.), cuyos contenidos son divergentes y elaborados por organizaciones diversas. Por otro lado, la dificultad de alcanzar un consenso generalizado en un marco tan heterogéneo como el de Internet contradice el carácter consensual que debe caracterizar a estas normas. Asimismo, la gran mayoría de los participantes de la Red (usuarios, proveedores de contenido, etc.) son dejados al mar-

⁴² DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. "Derecho Privado de Internet". Madrid: Civitas, 2000. p.441.

⁴³ SCOTT, Michael. "El Comercio Electrónico Global y el Derecho: El rol de las regulaciones estatales en el Siglo Veintiuno". En: Derecho de Alta Tecnología n° 139. Año XII, marzo, 2001. p.8.

⁴⁴ PARDINI, Aníbal. Op. Cit. p.184.

⁴⁵ DE MIGUEL ASENSIO, Miguel. Op. Cit. pp. 69-70.

⁴⁶ Revisar POST, David G. "Lo que Larry no Entiende: Código, Derecho y Libertad en el Ciberespacio". En: Themis n° 44. Lima, julio, 2002. p. 181-196.

gen y sin representación en los procesos de elaboración de normas, lo que implica un grave déficit de legitimidad democrática. La efectividad de las normas producto de la autorregulación plantea dificultades cuando se pretende considerarlas como integrantes de un ordenamiento jurídico diferenciado, pues su fuerza vinculante y la posibilidad de ejecución parecen subordinadas en última instancia al control estatal, ya que Internet no cuenta con la capacidad (propia de los Estados) para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones y sancionar a los infractores. Por último, cabe concluir que Internet no es el tipo de comunidad (política o religiosa) determinante de la creación de normas jurídicas, más allá de cuestiones puntuales meramente técnicas⁴⁷.

3.5. Proximidad y prestación característica

Según este criterio, la ley aplicable "(...) es la del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos (...)"⁴⁸. Para determinar la proximidad del vínculo se crean presunciones que permiten saber qué país tiene vínculos más estrechos con el contrato celebrado, lo cual será identificado en cada caso concreto. Al respecto, se considera como regla básica aquella que presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que deba realizar la prestación característica tenga su residencia habitual o su administración central. Ahora, la determinación de la prestación característica del contrato no se ve afectada, en principio, por el uso de Internet como medio para la celebración del contrato ni para la ejecución de sus obligaciones. En términos de De Miguel Asencio, la prestación característica, en aquellos contratos en que la obligación principal de una de las partes consista en la entrega de dinero por determinados bienes ofrecidos por la otra parte, es realizado por esta última, es decir, por el vendedor. Por tanto, la ley aplicable será la del país del vendedor. De la misma forma, en aquellos contratos celebrados vía Internet y cuya ejecución se realice *on line*, quien realiza la prestación característica es el vendedor, y la ley aplicable será la de su país, la de su residencia habitual o la de su administración central, según sea el caso⁴⁹.

3.6. Comercialización del producto

Esta es una alternativa europea que deberá "(...) aplicarse a los contratos realizados entre un comerciante y un consumidor que ha accedido a la página *Web* del primero y ha reconocido sus productos o servicios de forma ocasional o a través de una prospección efectuada por el propio consumidor, sin que haya mediado una actividad publicitaria previa en su país."⁵⁰

Según esta teoría, para efectos de la contratación electrónica se debe aplicar la ley del país en el cual se haya comercializado el bien en cuestión. Para esto, es preciso determinar cuándo un producto se considera comercializado en un país determinado. La propuesta hecha en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y de Consejo de 20 de Mayo de 1997, que regula las transacciones de consumo realizadas a través de Internet entre ciudadanos de los Estados miem-

bros de la Unión Europea, puede aclarar este tema. Dicha propuesta señala que "(...) sólo deberá entenderse que existe comercialización de un producto o servicio en un país cuando la compañía que lo ofrece dispone de un establecimiento abierto al público en el mismo o ha hecho publicidad de dicho producto o servicio en el mismo país (...)"⁵¹.

Es importante aclarar que no basta la ubicación de una página *Web* para que, en función de ello, se determine en qué país el producto se está comercializando. En Europa "(...) la simple existencia de una página *Web* situada en un país (...) no debe interpretarse como una comercialización del producto o servicio en todos los países de la Unión Europea. Si el producto no ha sido comercializado en el país del consumidor, se aplicarán las leyes del país donde el establecimiento tenga su sede, y la demanda deberá ser interpuesta en dicho Estado (...)"⁵². Por tanto, en defecto de la comercialización en el país del consumidor, se aplicará el criterio foro del vendedor.

Cabe resaltar que, al margen de los criterios desarrollados anteriormente y considerando la situación del consumidor, el artículo 5.2 del Convenio de Roma señala que la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual.

Para solucionar la falta de seguridad jurídica existente actualmente se está evaluando la conveniencia de suscribir tratados y modificar los ya existentes en esta materia para poder adoptar un criterio uniforme respecto de este tema. Es así como, "(...) algunos comentaristas han propuesto actualizar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Bienes para que se incluyan las transacciones de comercio electrónico"⁵³. En este sentido también la Unión Europea se ha pronunciado a través de organismos como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD - Organisation For Economic Co-Operation And Development) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que han dado a conocer sus iniciativas reguladoras. Pero esto es algo que creemos tomará tiempo en madurar.

4. Jurisdicción competente

Una vez analizados los criterios que nos servirán para determinar el régimen jurídico aplicable, cabe definir la jurisdicción competente llamada a solucionar los conflictos en este ámbito. No existen criterios de competencia específicos aplicables a la contratación por Internet, pero sí se cuenta con algunos lineamientos desarrollados en la doctrina que podrían ser de utilidad para determinar la jurisdicción competente.

4.1. Determinación de la jurisdicción por las partes

Este criterio propone que las partes contratantes son quienes, por medio de la autonomía privada, acuerdan el tribunal al cual acudir en caso de conflicto, pudiendo incluso someterse a un órgano arbitral.

⁴⁷ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. Op. Cit. pp. 70-75.

⁴⁸ *Ibid.* p. 443

⁴⁹ *Ibid.* pp. 443-447.

⁵⁰ MALDONADO, Sergio. "Argumentos a favor de la aplicación de la ley de origen en operaciones transfronterizas de comercio electrónico". En: www.onnet.es.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ SCOTT, Michael. Op. Cit. p. 8.

Este criterio dota de seguridad jurídica al contrato puesto que se tiene certeza del tribunal al cual recurrir. Sin embargo, como nos encontramos en el marco de contratación *business to consumer*, en la cual son usados los contratos de adhesión, quien finalmente determinará la jurisdicción competente es la empresa.

4.2. Fuero del lugar del domicilio del demandado

De acuerdo a este criterio, las controversias generadas en el ámbito de la contratación electrónica deben solucionarse ante el órgano judicial competente ubicado en el domicilio del demandado. "El domicilio del demandado es una categoría por completo independiente de la ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a la red así como de la situación de sus ordenadores..."⁵⁴ El inconveniente se produce al tratar de determinar el domicilio efectivo del demandado.

4.3. Lugar de ejecución del contrato

En este caso, el órgano llamado a la solución del conflicto es el del lugar de ejecución del contrato. El problema de la implantación de este criterio consiste en la dificultad para determinar el lugar de ejecución del contrato, sobre todo en aquellos casos en donde se transmite bienes sin soporte físico (software, bases de datos, archivos informáticos, etc). Dicho problema se puede superar si un elemento tan importante como el lugar de ejecución es previamente determinado por las partes en el contrato⁵⁵.

4.4. Lugar de celebración del contrato

El órgano competente para la solución de diferencias es el del lugar de celebración del contrato. Este lugar es con frecuencia un elemento accidental de la relación negocial y de difícil determinación en este ámbito, concretamente cuando se contrata entre ausentes, como típicamente ocurre en la compraventa por Internet, dependiendo de la opción legislativa adoptada⁵⁶. Por tanto, se corre el riesgo de aplicar un criterio en cuyo contenido no existe grado de contacto entre el foro y el contrato.

4.5. Jurisdicción personal

En Estados Unidos se ha concebido la llamada jurisdicción personal que "(...) es un paradigma legal que limita la ubicación geográfica que la parte actora puede escoger para entablar una demanda contra alguien basado en una causa de acción privada. Las limitaciones jurisdiccionales personales le impiden a un demandante demandar a un no residente en el foro del demandante, a menos que ese demandado haya establecido alguna relación con el foro que pueda razonablemente llevarlo a prever que será demandado allí (...)"⁵⁷.

Existen tres tipos de contacto para determinar la existencia de jurisdicción personal:

- Cuando el demandado contrata con un residente en una jurisdicción extranjera mediante Internet.
- Cuando el usuario puede realizar un intercambio de información.

⁵⁴ DE MIGUEL ASENCIO, Pedro. Op. Cit. p.393.

⁵⁵ Ibid. p.397.

⁵⁶ Ibid. p.405.

⁵⁷ SCOTT, Michael. Op. Cit. p.5.

- Mediante anuncios de información o en un sitio Web que es accesible a los consumidores en diferentes jurisdicciones⁵⁸.

4.6. Arbitraje

Es uno de los mecanismos que está siendo más utilizado en la solución de este tipo de controversias, por su fácil adaptación a los cambios y porque requiere de menos formalidades que en un proceso judicial. Es así como "(...) de cada diez contratos internacionales, ocho poseen una cláusula estableciendo que en caso de surgir una controversia, ésta se resolverá por el procedimiento de arbitraje"⁵⁹. La gran tienda virtual Amazon.com dispone que las controversias surgidas por los productos ofrecidos en su página Web serán sometidas a arbitraje confidencial en la ciudad de Seattle, en el estado de Washington.

Hoy en día se está hablando de un arbitraje telemático, diferente del tradicional, creado especialmente para Internet. De esta manera, el consumidor podrá enviar, a través de un ordenador, su reclamación ante la junta arbitral⁶⁰.

Finalmente, se ha pensado en la creación de un cibertribunal (inspirado en la CNUDMI y en el Cámara de Comercio Internacional) que se encargaría de resolver las controversias dadas en Internet. Todo el litigio, en la medida de lo posible, se llevaría a cabo *on line* donde "la sede del arbitraje no se encontraría localizada en un territorio geográfico, lo que conduciría a considerar a la *lex electrónica* (nueva versión de la *lex mercatoria*) como rectora del procedimiento arbitral"⁶¹.

Cabe recalcar que lo más conveniente en estos casos (al igual que para determinar el régimen jurídico aplicable) es apelar a la autonomía privada, de tal manera que las partes determinen la jurisdicción competente y, si lo creen conveniente, prevean otras alternativas de solución tales como el arbitraje.

5. La situación de los consumidores por Internet en el Perú

5.1. Contratos de adhesión y cláusulas generales de contratación

Como se ha podido apreciar hasta este momento, el contrato de compraventa por Internet, si bien presenta características especiales, inevitables por el entorno particular en que se realiza, no deja de presentar los elementos típicos de cualquier contrato. Se puede afirmar que esta modalidad de contratación comúnmente se realiza a través de los llamados contratos de adhesión, es decir, donde una parte, el oferente (en este caso, el vendedor o proveedor), establece las condiciones de la contratación, dejando a la otra parte, el aceptante (consumidor), con las posibilidades de aceptar o rechazar dicha oferta. Esta modalidad de contratación está reconocida en el artículo 1390⁹ del Código Civil peruano.

Es preciso señalar que doctrinariamente el contrato por adhesión presupone que las condiciones del contrato están impuestas por una

⁵⁸ PARDINI, Anibal. Op. Cit. p.195.

⁵⁹ BESGA, Talía. ¿Jurisdicción o arbitraje en el comercio electrónico? En: www.delitosinformaticos.com.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ DE MIGUEL ASENCIO, Pedro. Op. Cit. p.428.

de las partes, sin que la otra intervenga para nada en su conformación. Ésta es sólo una de las cualidades de la contratación estándar por Internet. En la *Web*, el consumidor suele estar presente ante un contrato redactado de manera seriada e idéntica para todos los posibles consumidores. Las cláusulas no se establecen para un sujeto en particular, sino para todo un universo de potenciales consumidores; es decir, este contrato se genera de manera proyectada, genérica, para ser aceptado por muchos. Ésta es una característica de las cláusulas generales de contratación (CGC), reconocidas por el Código Civil, en su artículo 1392⁶², que a la letra dice: "Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos". Debemos llegar a la conclusión de que el contrato de adhesión no implica necesariamente las CGC, por cuanto no siempre el vendedor en el contrato establece las condiciones del mismo de manera abstracta para ser contenida en muchos potenciales contratos futuros. En todo caso, se puede considerar al contrato común por Internet, materia de la presente investigación, como uno por adhesión, establecido a partir de las CGC.

En realidad, la idea de que una parte imponga unilateralmente todo el contenido contractual, como ocurre con los contratos por adhesión, no se identifica necesariamente con la idea de las CGC, las cuales se incluyen en la oferta, pues estas no niegan la posibilidad de establecer pactos de condiciones adicionales dependiendo del caso particular en que se genera cada contrato a raíz de dichas cláusulas. A este respecto, Manuel de la Puente y Lavalle afirma que "(...) el contrato por adhesión es el fruto del ejercicio del poder. Quien por razones de ocupar una situación de monopolio, de privilegio u otra que conlleve la posibilidad de forzar la voluntad de la contraparte, so pena de privarla de un bien o servicio necesario para ésta, no vacila en usar del contrato para manifestar ese poder y contratar en las condiciones que él desea"⁶³. Es evidente que el autor diferencia los conceptos de CGC y del contrato de adhesión y considera a éste como una figura negativa para el consumidor. De esto también se desprende que no se pueden comparar, ya que uno es un contrato y el otro es sólo una declaración unilateral de una de las partes contenida en la oferta⁶⁴. Sin embargo, lo afirmado no implica que ambos fenómenos no se puedan dar simultáneamente, pese a estas diferencias doctrinarias, porque, después de todo, los fines que los motivan no son contrapuestos.

Es el mismo contexto de Internet el que provoca que la contratación sea más efectiva si se realiza por medios que la hagan masiva, es decir, exponiendo las CGC al público en general, que están contenidas en la oferta y que no suelen admitir una posibilidad de discusión de cláusulas adicionales por las circunstancias de celeridad del contrato. Quizá podríamos decir que este factor es el que provoca que se ubique en una situación de privilegio, pero no porque el consumidor carezca de poder de elección (porque en la *Web*, en conjunto, el consumidor tiene muchas opciones), sino porque la misma competencia en el mercado virtual impele al vendedor a acelerar las transacciones, dejando al consumidor el papel de elegir de entre las diversas propuestas que se le ofrezcan en la *Web* y con una

información limitada cuya fuente casi exclusiva proviene del vendedor mismo. Esta es una motivación presente en casi todo el ámbito de intercambio comercial actual, pero en Internet es aún más emblemática.

Entonces, es un carácter esencial para la contratación vía Internet la existencia de las CGC, y que se den de acuerdo al mecanismo de consentimiento por adhesión, entendiéndose como éste al modelo genérico de contratación en masa. En este mismo sentido, Walter Gutiérrez Camacho considera que "(...) la contratación de consumo es en cierto modo una expresión de la contratación comercial y ésta mayoritariamente es contratación en masa, cuyas expresiones más acabadas son el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación. En otros términos, de ordinario quienes utilizan los contratos en masa son los empresarios, y lo hacen para vincularse con sus clientes quienes comúnmente son los consumidores. De este modo, la dinámica económica que atendía la contratación clásica ha variado de manera radical. Actualmente ya no es posible hablar de la libertad con todas sus letras; la libertad plena no existe en el contrato de consumo, lo mismo que la igualdad"⁶⁴. Este autor precisa claramente las condiciones novedosas en las que se suelen dar hoy no sólo las contrataciones en Internet, sino en casi todo ámbito comercial. Realmente, el ideal de igualdad y libertad en la constitución de los contratos ya no es tan monolítico y admite una serie de matices que se acerca peligrosamente a condiciones en las que una parte, el vendedor, abuse de esta situación. Eduardo Polo reconoce la motivación, en principio justificada, del vendedor en cuanto a la celeridad de la contratación que agrada a la eficiencia del intercambio comercial, pero, a su vez, observa que "(...) ni la brevedad y agilización de la contratación, que aparece como una de las grandes justificaciones de las condiciones generales, tiene como único objeto el aumento de la capacidad productiva de la empresa y su racionalización estrictamente jurídica, sino el reforzamiento de su posición de poder económico, ni tampoco puede justificar en modo alguno la persistente lesión de los intereses económicos de una de las partes. Del mismo modo, tampoco la autonomía privada, en cuanto manifestaciones de una relación social individual amparada por el derecho, puede traducirse -en demérito de éste- en un poder normativo de la empresa que se impone unilateralmente frente a la parte débil sin repugnar a la idea de que sólo el estado, de forma mediata o inmediata, puede crear normas de derecho objetivo"⁶⁵. De la Puente relaciona también a las CGC con la idea de celeridad del tráfico masivo de bienes y servicios⁶⁶, siendo esta idea un consenso en la doctrina, pues es el motivo, racional que suele justificar este concepto. Pero, como ya quedo claro, este autor se cuida de referirse por igual a los contratos por adhesión, por presuponerlos como un síntoma de una posición de dominio que afectará a una de las partes. Sin embargo, esta modalidad se da como una consecuencia lógica de la masificación del consumo. La idea es, pues, no prohibirlas, sino encontrar mecanismos de control efectivo sobre ellas⁶⁷.

5.2. Normas para la contratación con cláusulas generales

Por lo visto, el concepto de los contratos masificados (como los que se suelen dar en Internet) implica una variación sustancial en la

⁶² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Cláusulas generales de contratación". En: DE LA PUENTE Y LAVALLE y otros. *Contrato & Mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000. p.45.

⁶³ *Ibid.* p. 46.

⁶⁴ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "El contrato de consumo y la contratación clásica". En: DE LA PUENTE Y LAVALLE y otros. *Contrato...* Op. Cit. p.160.

⁶⁵ POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Civitas, 1990. pp. 32-33.

⁶⁶ *Ibid.* p. 47.

formación de los contratos tal como se entendía. Ya no hablamos de que dos partes se sientan a discutir sobre el contenido más conveniente del contrato para ambos, sino que es una quien establece previamente ese contenido normativo. La conjunción de voluntades no se da aquí en la estipulación de las cláusulas contractuales, sino tan sólo en el consentimiento de aceptar lo que el otro propone. Una de las partes pierde posición en la negociación del contrato y debe confiar que las condiciones que le sean propuestas sean realmente justas de acuerdo con el proponente. La agilización de la contratación supone, innegablemente un riesgo mayor para el consumidor. Es aquí donde la protección de este sujeto del mercado justifica un tratamiento adecuado para evitar distorsiones que lo perjudiquen⁶⁸. En este sentido, es la autonomía privada del consumidor la que se encontraría en riesgo evidente. Si bien Lionel Thoumyre deja constancia sobre algunas posturas doctrinarias que minimizan el perjuicio de la autonomía privada argumentando que el consumidor aún tiene la potestad de aceptar o rechazar las condiciones ofrecidas por el vendedor, no deja de afirmar que "...el internauta se encuentra (...) ligado con un contrato cuyo conjunto de condiciones no siempre ha sido puesto en su conocimiento. En efecto, ocurre frecuentemente que las principales cláusulas contractuales estén disimuladas bajo una espesa capa de hipervínculos o que simplemente no existan. La facilidad con la que el consumidor efectúa sus adquisiciones por Internet puede perfectamente desnaturalizar su consentimiento o incluso transformarlo en un simple acto reflejo. Nos enfrentamos aquí con la problemática de los cibercontratos de adhesión, que no solamente no ofrecen ninguna posibilidad de negociación a la parte débil, sino que la incita además a aceptar los términos de un contrato casi invisible"⁶⁹.

Esto quiere decir que el riesgo al que se enfrenta el consumidor, en la compraventa electrónica por Internet, derivado de su naturaleza de contrato de adhesión, no se limita a las cláusulas en sí, pues debemos entender que ésto es sólo una consecuencia que dicha modalidad provoca sobre la autonomía privada de una de las partes. Es un presupuesto que va contra todo el ideal doctrinario que se tenía sobre la conformación de los contratos.

Dado el riesgo de las cláusulas con las que se suele encontrar un consumidor en estas circunstancias, existe una primera barrera de protección al consumidor prevista en el Perú. Es la posibilidad de las cláusulas aprobadas administrativamente, que se incorporan automáticamente al contrato, según el artículo 1393^o del Código Civil. Es evidente la necesidad de esta opción legislativa por la seguridad que tendría el consumidor al someterse a cláusulas previamente revisadas por una autoridad que, en principio, está llamada a velar por él. Esta es una forma aparentemente adecuada de protección al consumidor que debería ser implementada y promocionada. Sin embargo, nos topamos con las condiciones especiales que Internet nos impone. En ella no existen barreras geográficas posibles de delimitar efectivamente. Las transacciones que se llevan a cabo pue-

den darse entre sujetos que se encuentren en diversos países. En este caso, la revisión administrativa de las CGC con las que se encuentre el consumidor se hace materialmente imposible. Este problema sólo se podría subsanar con la constitución de tratados internacionales sobre este tipo de regulación. Internet es una motivación más para impulsar la globalización.

Por otro lado, el mismo Código Civil incluye, en su artículo 1397^o, la posibilidad de incorporar las CGC sin previa revisión administrativa, mientras éstas sean conocidas o hayan podido ser conocidas por la contraparte. Así, se le da al vendedor, en este caso, la opción de optar por cualquiera de las posibilidades antes citadas. La cuestión es evidentemente ambigua en el caso de este artículo, que exige que las CGC, en estos casos, sean oponibles cuando "(...) sean conocidas o hayan podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria". ¿Con qué parámetros se determina la diligencia ordinaria en los casos de contratación? Ante esta situación la ley prácticamente obliga al consumidor a tener que revisar cuidadosamente toda cláusula que se le ponga a la vista, cuestión un tanto engorrosa considerando la citada celeridad que propugna la contratación masificada vía Internet, además de dejar una válvula de escape al vendedor apurado que no desea pasar por más trámites administrativos e incluye sus CGC sin revisión alguna. Aquí, la mejor protección al consumidor es su propia diligencia, producto de una mayor educación, que debería ser promovida por la entidad encargada de velar por sus derechos (el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial y/o cualquier agrupación defensora del consumidor).

Otra observación a la posibilidad de la previa revisión de las CGC por una entidad estatal es el hecho que, pese a que el artículo 1394^o del Código Civil señala que el Poder Ejecutivo debe indicar qué bienes y servicios deben ser tratados con arreglo a CGC revisadas por dicha autoridad, hasta el día de hoy tal disposición no se ha hecho efectiva.

En cuanto al conocimiento en condiciones normales que se espera que el consumidor tenga con respecto de las CGC no revisadas por la autoridad competente, debemos señalar que ello implica que el vendedor tenga a bien disponer que dichas cláusulas estén al alcance del usuario. Es una arista del consabido derecho de información que requiere el consumidor y que debe exigir si desea contratar⁷⁰. Esta es una idea que es imprescindible tener en cuenta al momento de promover el necesario programa de educación al consumidor que propugnamos.

El Código Civil, en su artículo 1398^o, expresa que "(...) no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidades; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindir o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato". Al parecer, el legislador trata de impedir que se establezcan normas que limiten los derechos de la parte débil, pero, como bien señala Cárdenas⁷¹, esta lista es evidentemente incompleta y, para agravar las cosas, aparentemente taxativa en sus supuestos. Por ser limitativa de derechos no podemos interpretar este artículo de manera extensiva. ¿Debemos

⁶⁷ Cf. STIGLITZ, Rubén S. y Gabriel STIGLITZ. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985. 286 p.; POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Civitas, 1990.

⁶⁸ Cf. POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Civitas, 1990; CÁRDENAS, Carlos. "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas". En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y otros. *Contrato & Mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000. pp.105-118.

⁶⁹ THOUMYRE, Lionel. *Op. Cit.* p.10.

⁷⁰ CÁRDENAS, Carlos. "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas". En: DE LA PUENTE Y LAVALLE y otros. *Contrato... Op. Cit.* pp.95-98.

entender que estos casos son los únicos donde el consumidor puede encontrarse ante cláusulas producto de una intención abusiva por parte de quien las redactó? Es evidente que en la realidad no es así, por lo que se recomienda a la autoridad legislativa reconsiderar tal postura.

La norma sustantiva también prevé los supuestos donde se debe considerar la ineficacia de estipulaciones. El artículo 1399^o del Código Civil estipula en su primer párrafo que “En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez”. Evidentemente la presente norma busca que cualquier variación a la regulación supletoria prevista en el Código Civil sólo se pueda aceptar si las circunstancias lo ameritan. Consideramos que es una disposición conveniente a todas luces, sin embargo, presenta un punto difuso en el segundo párrafo: “Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral” Posiblemente la norma busca no entorpecer los mecanismos de solución de conflictos que las partes hayan estipulado; sin embargo, recordemos en qué contexto nos encontramos. El sometimiento a una regla arbitral está sujeto a la aceptación de todas las cláusulas en la contratación electrónica por lo que la voluntad de aceptar esta vía está maniatada a la voluntad del vendedor y es discutible. Por lo demás, aun saliendo del contexto de la contratación electrónica, Cárdenas no encuentra motivos suficientes para justificar este párrafo, y concordamos con él⁷².

Hemos revisado la regulación que prevé supuestos de posibles abusos en la redacción de las CGC. Aquí el problema está en que al consumidor se le imponga condiciones que, en las circunstancias comunes de la compraventa vía Internet, predispongan al usuario a aceptarlas aun de manera involuntaria. La piedra angular de la eficacia de cualquier reglamentación al respecto debe pasar por lo que se entiende como buena fe del vendedor. Carlos Cárdenas opina que se “(...) presumen opuestas a la buena fe las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; que atribuyan al predisponente una situación desproporcionadamente ventajosa considerando el tipo contractual de que se trate; que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato; o que modifiquen o limiten los derechos y obligaciones de los contratantes, de modo que se impida que el contrato alcance el fin para el que fue celebrado.”⁷³

Es conveniente rescatar lo afirmado por Javier Ribas sobre la importancia de una adecuada redacción de las CGC en cuanto a claridad y brevedad para facilitar su lectura en la pantalla, además de hacerla figurar en una página de forzosa revisión, preferentemente antes del formulario de pedido para inducir al usuario a su revisión. La eficacia de la protección del consumidor frente a las CGC no se limita a una buena redacción, sino también a la facilidad a la que este pueda acceder a su contenido⁷⁴.

5.3. Importancia de la información

La defensa al consumidor en este ámbito no se agota en el sistema de regulación de las cláusulas que se le ofrece para contratar. Ante ello también está el convencimiento, la formación de la voluntad que el consumidor deba realizar para elegir contratar. Como ya se dijo anteriormente, no es que en Internet el vendedor se encuentre en una situación de dominio intencional necesariamente, sino que es este mismo ámbito el cual provoca dicho dominio, no sólo en la regulación del contrato, sino también en el manejo de la información que se le ofrece al usuario. La publicidad en Internet no sólo es un tema de la competencia en el mercado, también es un factor que inducirá al propio usuario a elegir por la opción que (con la información recibida) considere la más adecuada. Este manejo diferenciado de la información en el mercado se conoce como la “asimetría informativa”, y el mismo órgano llamado a regular y promover el mercado (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual) reconoce a esta situación como uno de los fundamentos que hace necesaria la protección al consumidor.⁷⁵

Es claro que, en la realidad, la elección libre no se suele dar y es la publicidad quien induce al consumidor a preferir contratar con uno u otro. Ese convencimiento puede generarse de muchas maneras, aún las ilícitas, como la publicidad engañosa, que inducen al error al consumidor que decide contratar por un bien o servicio y éste termina siendo diferente de lo esperado. Esta situación se agrava cuando nos encontramos en Internet, donde la fuente de información que se tiene sobre el producto que se desea comprar es de dominio exclusivo del vendedor. La importancia de la información para el consumidor está evidenciada en el literal b) del artículo 5^o del Decreto Legislativo 716 (Ley de Protección al Consumidor): “Derecho de recibir de los proveedores toda la información necesaria para formar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos y servicios”⁷⁶.

A este respecto, Baylos señala que la acción de la publicidad “...se ve multiplicada al servirse de resortes psicológicos tan decisivos como el mecanismo de la asociación de ideas, juicios y estimaciones ponderativas, que tratan de convencerle de que debe preferir a la empresa promovida (...). He aquí cómo la publicidad se inserta con la competencia monopolística como un medio, junto a la fuerte diferenciación de productos y servicios, que contribuye a hacer menos efectiva y real esa elección del consumidor, que el esquema de la competencia perfecta reclamaba totalmente libre”⁷⁷.

En este punto se requiere la regulación, pero también la educación sobre la información que pueda tener el comprador para saber discernir entre las opciones que se le ofrezca. Javier Ribas⁷⁸ recomienda que la oferta que se nos presente en la Web debe contener, para tener cierto grado de seguridad, lo siguiente:

⁷⁴ RIBAS ALEJANDRO, Javier. Op. Cit. p. 74.

⁷⁵ Conviene revisar la Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, Lineamientos sobre protección al consumidor.

⁷⁶ Aconsejamos revisar los artículos 15^o, 16^o, 29^o de la citada Ley, referidos a la información que el producto ofrecido en el mercado debe contar en cuanto a veracidad, accesibilidad y suficiencia.

⁷⁷ BAYLOS, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Madrid: Civitas, 1993.

⁷¹ *Ibid.* p.98.

⁷² *Ibid.* p.101.

⁷³ *Ibid.* p. 115.

- Identidad del proveedor o del vendedor. Esto es necesario para identificar con quien se contrata.
- Características especiales del producto. Estos datos nos ayudarán a decidir por cual producto se desea contratar.
- Precio del bien y, en su caso, debidamente separados, los gastos de transporte.
- Forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- Plazo de validez de la oferta.

Todos estos datos deben estar asegurados con la buena fe del vendedor. Dado que estamos en un ámbito como el del Internet, donde las CGC a las que tiene acceso el comprador difícilmente podrán haber pasado por algún filtro previo de seguridad, será éste quien decida si contrata o no mediante un adecuado análisis sobre lo que se le ofrece. Debe ser el consumidor el principal fiscalizador sobre la seguridad que las CGC le desean proporcionar.

5.4. El derecho de resolución

Con todo, el mecanismo más adecuado para salvaguardar la elección que el consumidor realice se suele dar, en la práctica, en un momento posterior a la conclusión del contrato (aun luego del cumplimiento de la prestación por parte del vendedor). Nos referimos al derecho de resolución en la contratación electrónica. Éste consiste en la potestad del consumidor de devolver el producto adquirido en un plazo determinado, por su propia voluntad y sin necesidad de justificar su decisión al vendedor. Este mecanismo es conveniente si consideramos que el consumidor vía Internet no tuvo mayor información sobre el producto adquirido que aquello, que el vendedor le proporcionó, con el lógico riesgo producto de esta situación⁷⁹. Esta potestad está prevista y regulada en la legislación comparada, pero en nuestro país sólo se aplica, algunas veces, por la costumbre comercial (en el país sólo se permite el derecho de devolución o reposición por causas taxativas señaladas por los artículos 30º y 31º del Decreto Legislativo 716 y justificadas por motivos de falsedad en lo prometido o incumplimiento en alguna condición estipulada).

La Ley de Ordenanzas del Comercio Minorista de España reconoce el derecho de desistimiento (denominación aplicada en la normativa española al derecho de resolución), dándose un plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto (aplicable a todo tipo de ventas a distancia, modalidad como se le entiende al contrato de compraventa vía Internet). No se exige formalidad alguna para el ejercicio de este derecho ni se admite imposición de penalidad por ello. Sólo se espera que sea el consumidor quien corra con los gastos de envío para la devolución. En la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997, sobre venta a distancia, se menciona al derecho de resolución, reconociéndose también siete días para resolver sin penalización y sin necesidad de hacer referencia a motivo alguno⁸⁰. Consideramos que este es un aspecto de necesaria regulación para el ámbito de la contratación de compraventa vía Internet en nuestro país. Por ello, convenimos con lo afirmado por Thoumyre, quien reconoce la necesidad de incluir la indicación del plazo de retracto en las CGC⁸¹.

Conviene aclarar, sin embargo, que esta norma sólo sería aplicable en los casos en que el bien adquirido pueda ser devuelto en su integridad. En Internet es frecuente la adquisición de productos informáticos que carecen de un soporte físico o que su primer uso ya implica un deterioro del bien. Depende, pues, de la naturaleza del bien adquirido en la compraventa para hacer eficaz una norma de este tipo.

5.5. La identificación de las partes

Un riesgo al que se enfrentan los usuarios de Internet es la dificultad de identificación, establecido desde el momento en que la relación que se entabla es mediatizada por Internet. Lo común en la compraventa en este ámbito es que dicha transacción implique un pago con tarjeta de crédito, tarjeta de débito u otra modalidad donde el efecto del pago se suele dar inmediatamente entre el consumidor y el vendedor (otro tema es el de la relación entre el cliente y su banco o la empresa con la que pueda tener algún contrato financiero). En estricto, en estas transacciones no se suele presentar la firma electrónica tal como la entendemos. Es más bien un "doble clic" de aceptación lo que asegura que la voluntad del cliente sea la correcta (la opción de aceptar debe aparecer en la pantalla dos veces). Esto es provocado por la natural y necesaria sencillez con la que se suelen plantear estos contratos en Internet⁸².

La identificación del consumidor depende de lo que este indica (normalmente sólo necesario para hacer llegar el producto motivo de la compraventa) y del dato ofrecido al momento del pago por la vías usuales antes citadas. Es así como, en el caso de reconocer si se contrata con un sujeto capaz, Lionel Thoumyre señala que "(...) el comerciante se preocupará muy pocas veces por conocer la capacidad de su cocontratante, en tanto que, una vez efectuada la venta, los riesgos de una acción de nulidad del acto son realmente mínimos"⁸³. Es evidente que el problema tiene muchas variantes, pudiendo implicar ilícitos penales como la interceptación de códigos de tarjetas de crédito o débito, su falsificación o su mismo robo. Podemos concluir que, si bien la exigencia de claves de tarjeta de crédito o débito para estas transacciones no dan la seguridad necesaria para el titular de esas cuentas, es el medio más difundido para la identificación del sujeto con quien se contrata.

Lo afirmado funciona para la posible identificación del consumidor que, como vimos, poco interesa al vendedor mientras éste, en su calidad de tal, pueda hacer efectivo el cobro del precio del producto. Ahora, ¿existe seguridad para el consumidor sobre la identidad del vendedor? Este es un problema propio de Internet. Siendo éste un universo virtual, no existe ubicación en el espacio ni identidad real más allá de lo que el propio vendedor declara. En este aspecto, sólo sería un mecanismo efectivo de seguridad la misma reputación (y la buena fe) del vendedor y, con ello, volvemos a apreciar cuan importante es el nivel de información y educación que requiere un consumidor para poder desenvolverse adecuadamente en Internet y decidir con quién y en qué condiciones contratar.

⁷⁸ RIBAS ALEJANDRO, Javier. Op. Cit. p.66.

⁷⁹ IASONI, Marie. Op. Cit. p.81.

⁸⁰ RIBAS ALEJANDRO, Javier. Op. Cit. pp.63-64.

⁸¹ THOUMYRE, Lionel. Op cit. p.7.

⁸² RIBAS ALEJANDRO, Javier. Op. Cit.. p.75.

⁸³ THOUMYRE, Lionel. Op. Cit. p.8.

6. Ventajas y problemas de la compraventa electrónica por Internet en el Perú

6.1. Ventajas

El comercio electrónico es una herramienta relativamente nueva cuyos beneficios sólo han sido aprovechados por un limitado sector. En la actualidad existe una gran parte de la población que no conoce las ventajas que significa este nuevo tipo de intercambio de bienes en comparación con las formas tradicionales de comercio. Es así como se hace indispensable su mayor difusión entre estos sectores. Un elemento muy importante de este fenómeno electrónico es el desarrollo de Internet como el medio de comunicación entre las partes contratantes. De este modo, Internet y comercio electrónico se pueden constituir como herramientas básicas para el desarrollo del Tercer Mundo. Pero esto no implica, de ninguna manera, mantener la estructura de ambas herramientas para su difusión; es decir, se debe realizar una serie de transformaciones estructurales que haga que la dinámica del comercio mundial reciba un nuevo enfoque. Por tanto, se trata de una estrategia de desarrollo más amplia, que incorpore tanto a los consumidores como a las empresas en el mundo de los negocios *on line*. En efecto, la difusión de las ventajas propias de la compraventa por Internet en países como el nuestro no sólo implica a aquellas que comprometen a los consumidores, sino también a la actividad empresarial. Juntas, estas dos figuras significan una oportunidad real para el desarrollo integral del Tercer Mundo.

6.1.1. Libre competencia

Son ampliamente conocidas las bondades de un régimen de libre competencia donde los agentes del mercado concurren independientemente, evitando la adopción de prácticas restrictivas de la competencia. En un mercado como el de Internet, la libre competencia es una realidad, cuyos efectos positivos sobre la economía son fácilmente verificables. El comercio electrónico por Internet hace de éste un mercado más competitivo y, por tanto, más barato; a la vez que evita la acción directa de alguno de los comerciantes en la toma de decisiones. En este mismo sentido, el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica ha considerado que la competencia generalizada es uno de los rasgos que define al nuevo mercado digital⁸⁴. Por tanto, la libre competencia entre los oferentes de productos y servicios en Internet beneficia a los consumidores en aspectos como el precio y la calidad.

6.1.2. Reducción de costos

La reducción de las cargas económicas que soporta el consumidor es un elemento que ha caracterizado a Internet desde los inicios del comercio electrónico. Desde la perspectiva del consumidor, el comercio electrónico por Internet ha logrado la reducción del precio de los productos ofertados, básicamente debido a dos factores. El primero de ellos implica la eliminación de los intermediarios en la cadena de distribución de los bienes, es decir, es posible que el producto se transfiera directamente del productor al consumidor. En segundo lugar, el soporte físico de determinados bienes ofertados en la Red es opcional. La información -datos, textos, sonidos, imágenes, programas- puede ser distribuida por Internet, reduciendo el costo

de producción a un costo de búsqueda. Un claro ejemplo de esto es el ingreso de productos digitales que pueden ser transferidos por la Red, como el audio en formato MP3, los *e-Books*, software informático, entre otros⁸⁵.

6.1.3. Rapidez en las transacciones

Internet es un medio de comunicación caracterizado por la rapidez. Las transacciones comerciales desarrolladas en ella gozan de la misma característica. Dicha rapidez se debe centrar en tres aspectos de gran importancia: la velocidad en la búsqueda, en la opción de compra y en la entrega del producto. Respecto a la rapidez de búsqueda y opción de compra, se puede verificar fácilmente que se van desarrollando de forma ágil y continua por medio de adelantos tecnológicos en la transmisión de datos y conexión a Internet. La prontitud en la entrega de los bienes radica en los bienes inmateriales, sin soporte físico, los cuales son transferidos en línea. La entrega de bienes materiales varía de acuerdo con la opción del mismo consumidor, quien -casi como norma general- puede elegir el tiempo y las condiciones de la entrega; sin embargo, los sistemas de entrega utilizados para este tipo de bienes no varían con respecto a los tradicionales de compraventa a distancia. En este sentido, la rapidez de Internet puesta a disposición del comercio electrónico, es una gran ventaja comparativa frente a las formas tradicionales del comercio.

6.1.4. Desarrollo tecnológico

La compraventa por Internet es un factor incentivador del desarrollo de la tecnología, la cual será utilizada en su beneficio para un tráfico más fluido de las mercancías. En este sentido, ciertos bancos, entidades financieras y crediticias, y desarrolladores de software en el mundo están creando sistemas de seguridad que hacen que el realizar transacciones por la *Web* sea cada vez más seguro. Asimismo, el comercio electrónico ya no es un fenómeno exclusivo de los ordenadores, también se ha logrado desarrollar el comercio móvil o *m-commerce* que se define como la capacidad de comprar y recibir bienes y servicios vía tecnología inalámbrica. Debido a la masiva penetración de equipos de comunicación móviles, las operadoras han optado por explotar la tecnología WAP (Wireless Application Protocol), habilitada en la mayoría de equipos digitales⁸⁶. El desarrollo del ancho de banda, la renovación de la infraestructura que da soporte a la Red y el nuevo hardware al servicio de los servidores son también un efecto del comercio electrónico y su relación con Internet. Este tipo de tecnología permite a los consumidores mantener un contacto más cercano y eficiente con las empresas que ofrecen sus productos.

6.1.5. Mercado global

El comercio electrónico por Internet permite al consumidor ser parte de un mercado global, más amplio. Las posibilidades de elección se ampliarán y no se reducirán a zonas geográficas. Las distancias de comunicación entre consumidor y empresa desaparecen y, por ende, las distancias de ubicación geográfica. También ello permite que los vínculos comerciales entre estos sujetos localizados en

⁸⁴ Informe del gobierno de los estados Unidos de Norteamérica citado en SCOTT, Michael. Op. Cit. p.1.

⁸⁵ HUERTAS, Pablo. "¿Estamos entrando a una nueva economía?". En: Comercio & Producción. Revista de la Cámara de Comercio de Lima nº 2288. Lima, año LXXI, junio 2000. p.49.

⁸⁶ "¿Comercio móvil hoy?". En: PC WORLD Perú nº 274. Lima, año 11, junio, 2002. pp. 26-27.

distintos países se desarrollen, incluso en los casos en que no se conoce ni se puede conocer la situación física de la otra parte. El tiempo y el espacio adquieren un significado en las comunicaciones en Internet muy distinto del que es común en las actividades fuera de la Red⁸⁷. Gracias a la compraventa por Internet se puede obtener una serie de productos que anteriormente hubiese sido muy complicado o muy costoso adquirir, debido al distanciamiento físico entre la empresa oferente y el consumidor. Todos estos factores hacen que el comercio electrónico por Internet sea un instrumento que fomenta la libre elección del consumidor, en beneficio propio.

6.1.6. Personalización del servicio

Las empresas que comercian por Internet han entendido que el consumidor es lo más importante y todos sus esfuerzos deben estar dirigidos a su satisfacción. Por ello, el comercio electrónico por Internet ha logrado personalizar el trato que se le da a cada uno de los clientes mejorando, de esta forma, el contacto directo entre la empresa y el consumidor. Esta optimización del contacto directo tiende a desarrollar el servicio a los consumidores a través de formularios interactivos para solicitar información, realizar presupuestos *on line*, permitir la interrogación de la base de datos, ofrecer una sección que absuelva las preguntas más frecuentes (Frequently Asked Questions - FAQ), entre otros. Además, es posible que el consumidor haga saber sus opiniones respecto de los productos y del negocio de manera directa y fácil⁸⁸.

6.1.7. Comodidad

Acceder a Internet es, en la actualidad, sumamente sencillo desde cualquier parte del mundo. Asimismo, el comercio que se da en ella goza de la misma característica. El comercio de bienes sin soporte físico, cuya transferencia se realiza por Internet, se lleva a cabo con total libertad y fluidez; toda vez que permite que la toma de pedidos, entregas y pagos se completen enteramente en línea y a cuyos formularios se puedan acceder veinticuatro horas al día durante todo el año⁸⁹. De este modo, es posible evitar ciertos problemas que existen en las formas de comercio tradicional, ahorrando tiempo y contratando desde la casa, la oficina o una cabina pública e indicando el lugar de la entrega, y todo esto con total comodidad.

6.1.8. Eficiencia y competitividad empresarial

Internet, como mercado competitivo por excelencia, exige que las empresas que comercian en ella se superen constantemente para poder mantenerse en el mercado. El comercio electrónico por Internet permite a las empresas ser más eficientes y flexibles en sus operaciones internas, tanto en los procesos productivos como operativos, porque se obtiene un mayor contacto con los consumidores respondiendo con mayor rapidez a sus necesidades. De este modo, los cambios que surgen en este ámbito benefician a los consumidores

toda vez que los resultados que de ellos se extraigan producen mejoras en las características del producto ofertado.

Finalmente, es importante destacar que la compraventa por Internet ha propiciado la creación de asociaciones y entidades privadas y estatales con el fin de impulsar y desarrollar la presencia del comercio electrónico en la economía. En el caso del Perú, existe el Instituto Peruano de Comercio Electrónico. Su consigna consiste en conocer las iniciativas que se está poniendo en marcha y los logros alcanzados en este campo en el plano económico y normativo, y contrastarlos con las exigencias globales que plantea el impulso del comercio electrónico⁹⁰.

6.2. Problemas

La compraventa por Internet no es una fórmula mágica, no es perfecta ni infalible. Como toda forma de relación entre individuos presenta ciertas deficiencias, las cuales constituyen un claro obstáculo para su desarrollo. En el Perú existe una serie de problemas de orden técnico, económico, social y cultural que dificultan el desarrollo de esta nueva forma de comercio.

6.2.1. Deficiente protección al consumidor

Internet es un medio novedoso de negocios electrónicos. Sin embargo, ciertos aspectos no están muy bien desarrollados en algunos casos. Por ello, los consumidores pueden ver afectados sus intereses, pues no existe un sistema de prácticas organizado que tutele la protección al consumidor funcionando en Internet. Lo importante, siguiendo este orden de ideas, es determinar la forma cómo adaptar los mecanismos y normas existentes de protección al consumidor para que funcionen en la Red. Del mismo modo, es fundamental la adopción de medidas de protección al consumidor en los contratos de comercio electrónico, que no se dan en la actualidad de manera generalizada ni uniforme. Teniendo estos aspectos en mente, resulta imprescindible la participación de hombres de empresa y de organismos defensores de los consumidores para cumplir los objetivos planteados. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Federal Trade Commission (FTC) tiene la gran tarea de navegar constantemente en la Red en busca de actividades que violen sus normas u otras leyes federales. El sitio *Web* de la FTC, www.ftc.gov, ha extendido su cobertura a estas actividades y da "consejos" al consumidor para "navegar sin riesgos". En otros países agencias análogas están tomando decisiones similares en cuanto a educar a los consumidores y frenar los fraudes y otras actividades que los perjudiquen⁹¹. El Perú no cuenta con una institución de estas características que vele exclusivamente por los intereses de los consumidores en Internet.

6.2.2. Insuficiencia legislativa

La compraventa y su relación con Internet han sido la fuente de origen de toda una serie de problemas que necesitan ser resueltos desde la legalidad, entre los cuales destacan los de propiedad intelectual, protección de datos, problemas fiscales, y otros. Estamos ante un conjunto de dificultades que hay que solucionar y donde la regulación actual resulta, en la mayoría de los casos, difícilmente aplica-

⁸⁷ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. Op. Cit. p.79.

⁸⁸ MALCA, Oscar. Op. Cit. p. 38-41.

⁸⁹ PIAGGI, Ana. "El Comercio Electrónico y el nuevo escenario de los negocios". En: ALTERINI, Atilio Anibal, DE LOS MOZOS José Luis y Carlos Alberto SOTO (Directores). *Contratación Contemporánea. Contratación electrónica y protección al consumidor*. Bogotá: Temis, 2001. p. 73.

⁹⁰ "Comercio Electrónico: Ese nuevo viejo tema". En: Comercio Electrónico n° 1. Lima, diciembre, 1999. p. 7.

⁹¹ SCOTT, Michael D. Op. Cit. p. 16.

ble⁹². En nuestro Derecho los contratos electrónicos carecen de régimen jurídico propio, lo que plantearía un primer problema que no es sólo un asunto del Perú sino de muchas otras legislaciones. Ante la existencia de problemas similares, gran parte de las compañías legítimas de comercio electrónico están intentando autorregularse. Están trabajando con organizaciones como el Better Business Bureau (BBB) de los Estados Unidos de Norteamérica, para crear códigos sobre las prácticas de comercio en línea. A las compañías que estén de acuerdo en obligarse a cumplir dichos códigos se les permitirá desplegar un sello de aprobación BBB en sus sitios *Web*. Pero esto debe funcionar sólo excepcionalmente, ya que el llamado a reglamentar la contratación electrónica, en general, y las operaciones de comercio electrónico por Internet, en particular, es el legislador.

Lo que se pretende hacer a través de la regulación del comercio electrónico es ofrecer al consumidor un conjunto de reglas aceptables que permitan un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de contratación⁹³. La legislación existente sobre contratación electrónica en el ordenamiento jurídico peruano está orientada esencialmente a permitir el desarrollo del comercio electrónico en el sector empresarial, *business to business* (B2B), sin embargo, ha dejado de lado el tratamiento jurídico especializado de las operaciones de comercio electrónico por Internet entre empresa y consumidor, así como temas fundamentales como la protección al consumidor, la protección de datos personales, la publicidad y la propiedad intelectual⁹⁴.

Es preciso destacar que ante la inexistencia de normas respecto de relaciones comerciales *on line* entre empresa y consumidor es aplicable la legislación civil y mercantil tradicional. Un análisis preciso de esta legislación revelará su ineficiencia e ineficacia al regular la compraventa por Internet en el Perú. Frente a esta inadaptación del Derecho interno, corresponderá a las empresas adaptar su política de Internet a las exigencias internacionales sobre estos temas. En efecto, no adaptarse sería sinónimo de excluirse⁹⁵. Finalmente, se puede concluir que "sólo la existencia de un marco legal global y adaptado podrá ofrecer al comercio electrónico un terreno propicio para su desarrollo efectivo en el Perú"⁹⁶, tal como acertadamente lo hace notar Marie Iasoni.

6.2.3. Desconfianza

Sin lugar a dudas, la desconfianza es el factor desincentivador de mayor importancia de la compraventa por Internet. Esta desconfianza radica principalmente en los sistemas de pago usados en Internet, los cuales, si bien es cierto se han desarrollado notablemente, aún no son infalibles. El tema del pago constituye el mayor eslabón, tanto técnico como psicológico, que debe ser superado para que se produzca el despegue definitivo del comercio electrónico. La desconfianza es la principal barrera con la que se enfrentan los nuevos medios de pago electrónicos. La gente se resiste a dejar sus datos bancarios navegando libremente por la Red. Después de todo, parece importante alcanzar esa confianza en la gente y para ello es fundamental la

información, cosa que hasta el momento no se ha hecho de una forma demasiado pronunciada⁹⁷. Los protocolos de seguridad SSL y SET, entre otros, parecen no proporcionar la suficiente garantía al consumidor medio. La abundancia de ciberpiratas, *hackers* y *crakers*, intensifica el temor del hurto o interceptación de los datos en una transacción inestable. Es cierto que los niveles de seguridad de los ordenadores han aumentado considerablemente, que la nueva orientación hacia los sistemas distribuidos en varias máquinas con diversos protocolos de acceso aporta una garantía mayor, que los bancos están desarrollando sus propios sistemas de pago que aseguran inexpugnables, pero la desconfianza sigue latente⁹⁸.

Debido a los problemas de seguridad en la Red, hoy a los usuarios les preocupa dar su número de tarjeta de crédito u otra información financiera a través de Internet. Por ello, es imprescindible un sistema de pago seguro. Pese a esto, no se le puede pedir a Internet y al comercio electrónico que la mentalidad de la gente se adapte a ellos con la rapidez con que aquellos se han desarrollado. Por todo lo anteriormente expuesto, se puede entender que si no hay confianza por parte de los usuarios, ni conocimiento de las diversas formas de pago existentes en la red y de seguridad técnica, no podremos hablar de un comercio electrónico propiamente dicho, en el que todas sus transacciones se materialicen a través de medios electrónicos.

6.2.4. Desconocimiento

La era actual está marcada por un constante cambio, tan vertiginoso que exige la renovación constante de toda ciencia, técnica y práctica comercial. La compraventa por Internet surge como un nuevo tipo de consumo para los consumidores y una nueva forma de negocios para las empresas. La experiencia muestra que no es tanto el temor al engaño, sino a lo desconocido, lo que limita hacer compras o negocios en la Red; esto básicamente porque el ordenador y la tecnología siguen siendo una barrera para un gran sector de potenciales consumidores. En un reciente estudio realizado por Apoyo Opinión & Mercado se indicaba que el 18% del sector consultado consideraba que el desconocimiento del medio electrónico era la principal barrera al comercio electrónico.

6.2.5. Lento desarrollo tecnológico

La exigencia tecnológica que presenta la compraventa por Internet es un factor muy importante a tomar en cuenta al momento de realizar compras o negocios en la *Web*. Esta demanda tecnológica se centra especialmente en el hardware y software a utilizar, así como el acceso a la Red. Además, en los mercados *on line* latinoamericanos se tiene que batallar con condiciones tales como la baja adopción de tarjetas de crédito, reducido número de ordenadores, bajo nivel de acceso a Internet y una infraestructura pobre⁹⁹. La penetración de tarjetas de crédito no es un fenómeno generalizado en la sociedad peruana, lo cual es un claro límite a las prácticas comerciales en Internet, ya que la mayoría de empresas que comercian *on line* requieren de una de

⁹² FERNÁNDEZ, Maribel. "Comercio Electrónico y Mundialización". En: www.delitosinformaticos.com

⁹³ Entrevista al Dr. Jorge Muñoz Ziches. "Legislación en Comercio Electrónico". En: Comercio Electrónico n° 1. Lima, diciembre, 1999. p. 16.

⁹⁴ IASONI, Marie. Op. Cit. p. 21.

⁹⁵ Ibid. p. 21.

⁹⁶ Ibid. p. 143.

⁹⁷ FERNÁNDEZ, Maribel. Op. Cit.

⁹⁸ BURGOS, Daniel. "Comercio Electrónico" En: Contraste Magazine n° 1. Mayo, 2000. Anexado en: BURGOS, Daniel y DE-LEÓN, Luz. "Comercio Electrónico, Publicidad y Marketing en Internet". Madrid: Mc Graw Hill, 2001. pp. 187-188.

⁹⁹ Estudio "Usos y actitudes hacia Internet 2002". En: www.apoyo.com.pe

estas tarjetas para su propia seguridad. En el más reciente informe de Apoyo Opinión & Mercado al respecto se indicó que la falta de tarjeta de crédito era uno de las principales razones por las cuales no se compraba electrónicamente. El 13% de los examinados por esta empresa consultora consideraban a ésta como la principal barrera¹⁰¹. Asimismo, en el Perú existe un muy bajo nivel de ordenadores por habitante; además, el nivel de acceso a la Red de esos equipos es mucho menor. Esta carencia se ve subsanada, en parte, por la extendida existencia de cabinas públicas de acceso a Internet. El 71% de cibernautas en Lima se conecta a Internet a través de estas cabinas públicas, según el informe antes mencionado. Esta aparente solución al problema del acceso a la Web, lejos de ser el remedio a esta deficiencia, se constituye como otro problema de características especiales que analizaremos más adelante. Por último, la infraestructura de redes de comunicación y la tecnología empleada por ellas son deficientes. Problemas como la lentitud en la navegación, relacionados con el “ancho de banda” de conexión, desincentivan el comercio electrónico vía Internet. En este aspecto, los proveedores de tecnología y del servicio de Internet juegan un papel muy importante.

6.2.6. Ausencia de un marco normativo común internacional

El comercio electrónico por Internet no conoce fronteras geográficas, es por ello necesaria una armonización de la legislación a nivel mundial, cosa que resulta difícil teniendo en cuenta las diferencias ya existentes en lo que refiere a la normativa, en parte debido a diferencias de tipo cultural. El problema que presenta el Derecho vigente es que se basa en criterios básicamente territoriales, insuficientes para solucionar conflictos que surgen cuando el medio de comunicación utilizado es Internet. El tema es que Internet se ha desarrollado y ha prosperado de una forma tan rápida que ha sido imposible por parte de los legisladores adaptarse a semejante fenómeno. La cuestión es establecer un marco normativo común en la medida que Internet conecta a todos los países del mundo¹⁰². La coordinación y compatibilidad entre las normas estatales reguladores del comercio electrónico, así como el desarrollo de normas internacionales, son necesarias para asegurar un funcionamiento eficiente de Internet, sin que los costes de transacción asociados a la diversidad de soluciones normativas menoscaben el empleo de este medio en la contratación internacional. Internet exige la adaptación de ciertos planteamientos tradicionales relativos a la identificación de la jurisdicción estatal competente y del ordenamiento nacional aplicable. Al mismo tiempo, se refuerza la necesidad de coordinación internacional en este sector que contribuya a superar la inseguridad jurídica existente¹⁰³. Frente a este problema, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo sobre comercio electrónico, así como también la Guía para su Incorporación en el Derecho Interno. Éste es un gran aporte para el desarrollo progresivo del comercio electrónico, pero la legislación peruana no ha adoptado de manera integral y coherente las disposiciones contenidas en aquel instrumento internacional. Del mismo modo, instituciones y organismos como la Organización para la Cooperación y De-

sarrollo Económico (OCDE), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Comunidad Europea y la Comunidad Andina, son las llamadas a unir esfuerzos y proponer soluciones para afrontar este problema.

6.2.7. Falta de diferenciación

En países como el Perú, la compraventa por Internet es un fenómeno reciente, o por lo menos poco desarrollado. Es justamente debido a este deficiente desarrollo que aún no es posible vislumbrar muchas de las ventajas y características propias de este tipo de negocios. Por ello, para un gran sector de internautas no existe gran diferenciación entre el comercio electrónico por Internet y las formas tradicionales de comercio, las cuales, desde su perspectiva, son más seguras; peor aún, Internet se ha convertido, tanto para los consumidores como para las empresas, en un escaparate virtual que da a conocer los productos y las ofertas, sin embargo a la hora de perfeccionar las compraventas recurren nuevamente a las formas tradicionales de comercio.

6.2.8. Idioma predominante

Sin lugar a dudas, el idioma predominante en la Red es el inglés que, como idioma internacional, muchos conocen, pero en el Perú este sigue siendo un problema recurrente para acceder a las ofertas y a los términos contractuales en diversas tiendas virtuales. Por ello, se hacen necesarios sistemas multilingües de navegación a través de dichos sitios.

6.2.9. Crisis económica y altos costos de conexión y acceso

La crisis económica que afecta a los países en desarrollo es un factor determinante para explicar el deficiente avance del comercio electrónico por Internet, y ello se aprecia claramente en el Perú. Este trance económico afecta desde dos extremos: En primer lugar, los costos relativos a la conexión a Internet y las llamadas, impuestos por los operadores de telecomunicaciones, son muy elevados. Si bien es cierto que los costos de conexión a Internet son variables, dependiendo del operador y el tipo de conexión, se sacrifica precio por calidad de servicio. Sin embargo, en lo referente al costo por llamadas impuesto por el operador de telecomunicaciones, es claro que son en exceso elevados, comparados con los costos de la región y del mundo. Incluso la tarifa plana y semiplana, de reciente aparición, continúan siendo muy costosas, impidiendo la difusión que exige el desarrollo del comercio *on line*. En segundo lugar, la mayor parte de los países en desarrollo están atrapados en agudas crisis económicas, y naturalmente tienen su prioridad centrada en problemas socio-económicos que reclaman su atención inmediata. Por ello, son pocos los casos de países en desarrollo que utilizan la compraventa por Internet masivamente para efectuar transacciones.

Una radiografía final de la situación actual del comercio electrónico por Internet en el Perú nos muestra una serie de cuestiones dignas de tomar en cuenta. Apoyo Opinión & Mercado en su último informe sobre el internauta y consumidor limeño en el año 2002¹⁰⁴ estima la población de internautas en 1.74 millones de personas,

¹⁰⁰ “Crecen compras por Internet”. En: Comercio & Producción. Revista de la Cámara de Comercio de Lima n° 2288. Lima, año LXXI, junio 2000. p. 44.

¹⁰¹ Estudio “Usos y actitudes hacia Internet 2002”. Op. Cit.

¹⁰² FERNÁNDEZ, Maribel. Op. Cit.

¹⁰³ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. Op. Cit. pp.83-85.

¹⁰⁴ “Conociendo al Consumidor. El internauta limeño”. 18 de noviembre del 2002. En: www.apoyo.com.

entre doce y cincuenta años de edad. El 71% de este total accede a Internet a través de cabinas públicas, el 10% lo hace desde su hogar y el 19% se conecta desde su centro de labores o estudios. Este dato refleja la marcada presencia de las cabinas públicas en el acceso a Internet; lo cual, si bien es importante, hace que el comercio electrónico por Internet pierda parte de la ventajas que lo caracterizan e intensifique ciertos problemas que afectan su desarrollo. Por otro lado, el consumo promedio es de catorce horas mensuales, lo que refleja un consumo bajo, ya que el 53% de los internautas limeños consume menos de ocho horas. Del mismo modo, apenas un 7% de dichos internautas afirma haber realizado compras por Internet alguna vez y para la empresa Dominio Consultores los compradores habituales *on line* no llegan a los 7 mil¹⁰⁵. Un último dato de eMarketer predice que el comercio electrónico latinoamericano alcanzará los US\$ 15 mil millones en 2003; asimismo, señala también que casi el 75% de las adquisiciones en línea actuales en la región se efectúan a través de sitios Internet basados en Estados Unidos de Norteamérica¹⁰⁶. Esta última referencia es un claro reflejo de la lamentable situación del comercio electrónico por Internet en Latinoamérica, en general, y en el Perú, en particular.

7. Consideraciones finales

Las relaciones comerciales entre los agentes del mercado han sufrido transformaciones considerables con la consolidación de Internet como una muy importante plataforma de negocios y consumo. Al igual que en las formas tradicionales de comercio, en la compraventa por

Internet existen vendedor y comprador, tienda y consumidor, oferente y aceptante, etc. En la interacción de estos sujetos en el mercado electrónico se pueden observar los mismos elementos característicos, acompañados por ciertas peculiaridades que la hacen diferente, debido al ámbito desmaterializado en el que se desempeñan.

La compraventa por Internet no pierde su naturaleza típica y nominada de contrato de compraventa. Sin embargo, el consumidor se encuentra en cierta situación de desventaja, lo cual hace necesario que, desde una perspectiva normativa y técnica, se busque compensar dicha condición. Por ello, el comercio electrónico por Internet, en particular, y la contratación electrónica, en general, merece un tratamiento normativo especial que parece no haber sido entendido por el legislador peruano. Un análisis de la legislación comparada, la normativa regional, los precedentes jurisprudenciales y el desarrollo doctrinario demuestra que el Perú está intentando alcanzar estándares internacionales, pero los esfuerzos son lentos e insuficientes. En la medida en que este tema no tenga un desarrollo normativo eficiente y acorde con la expansión y desarrollo tecnológico, el comercio electrónico no experimentará progresos considerables. Esto impedirá descubrir las ventajas y consolidará los problemas del comercio electrónico para el Perú. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que los esfuerzos no pueden sólo estar dirigidos al sector consumidor, sino que también el lado empresarial necesita el desarrollo legal y técnico para cumplir sus objetivos. Sólo consolidando esfuerzos en estos dos sectores será posible que el comercio electrónico pueda constituir un elemento serio y comprometido con el desarrollo del Estado.

¹⁰⁵ CHONIÓN CANELO, José. "Todo se compra, todo se vende. El Comercio Electrónico en el Perú y la seguridad de comprar en una cabina pública". En: Infocab n° 6. Diciembre, 2002. p. 4.

¹⁰⁶ www.eMarketer.com.