
Encienda su computadora y compre: consumidor e Internet

Yuri Vega Mere

Abogado. Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María.

1. Preliminares

Aun cuando pueda parecer incipiente a nuestra doctrina la preocupación por el comercio electrónico, la aldea global se encuentra conmovida por el auge que actualmente han alcanzado las transacciones que se concluyen a través de los medios telemáticos.

La contratación electrónica es una realidad imposible de ignorar, especialmente por la interminable lista de ofertas disponibles para los consumidores en el ciberespacio, básicamente en Internet. Basta acceder a un sitio (página *web*), recorrer las largas listas y opciones y marcar los productos que se ofrecen, introducir el número de una tarjeta de crédito y escoger el medio de envío para comprar lo que se quiera.

Es claro que esta facilidad de acceder a bienes de la más variada especie fomenta y aumenta el consumo. A los consumidores, que les parecía sumamente difícil acceder a cierta clase de productos, les basta navegar y recorrer los más diversos y extraños sitios, aquellos grandes almacenes virtuales, sin necesidad de desplazarse, para encontrar cosas insospechadas.

Las empresas son conocedoras del acortamiento de distancias que brinda la realidad virtual de los cibermercados, de la provocadora sencillez con la que se puede jalar la atención de los consumidores, de la superación de las fronteras, de la indiferencia por los idiomas. Y apuestan por ello. Los proveedores han creado una nueva realidad: el “ciberconsumidor”, el navegante comprador por Internet y hoy vuelcan en esta verdad sus mejores esfuerzos.

Y al ser así, nos toca a los hombres de derecho detenernos conscientemente para tratar de entender qué es lo que está ocurriendo en este escenario; preguntarnos si es posible aplicar a este nuevo mundo en el que la tecnología, los teclados y los ratones reemplazan la emisión de declaraciones de voluntad tradicionales, en el que basta un clickeo para elegir bienes⁽¹⁾, en el que se paga con medios electrónicos⁽²⁾ y sin la firma sobre papel⁽³⁾, etcétera; si es posible aplicar, decíamos, todos aquellos conceptos que hemos venido usando para explicar -con los sólitos parámetros técnicos jurídicos- la realidad a nuestra manera, con nuestros conceptos A.I. (antes de Internet) o si existen nociones D.I (después de Internet) que se hubieren forjado al calor de su estallido. La revolución telemática ha afectado notablemente los modos de conclusión de un contrato. Ni siquiera las “otrora” novedosas formas de contratación estandarizada, dependiente de formatos tipo impresos sobre papel permiten dar una respuesta adecuada, pues no fueron pensadas para este tipo de transacciones.

El comercio electrónico puede ser entendido, en términos generales, como el conjunto de transacciones económicas que se concluyen entre empresas o entre estas y consumidores, e inclusive por la Administración Pública, con el objeto de comercializar bienes o servicios para lo cual los interesados se sirven de los instrumentos tecnológicos y, en lo particular, de los medios telemáticos. Se trata, en concreto, de negocios concluidos por personas ausentes, por personas que utilizan las herramientas que hoy en día ofrece la

(1) TOSI, Emilio. *La conclusione di contratti “on line”*. En: *I problemi giuridici di Internet, a cura di Emilio Tosi*. Milano: Giuffrè. 1999. p. 17. Se refiere al “*tasto negoziale virtuale*”.

(2) LANFRANCHI, Fausto. *Problemi giuridici della monetica*. En: *Il commercio elettronico*. *Op. cit.*; pp. 119 y ss.; FINOCCHIARO, Giusella, *Il problema dei mezzi di pagamento*. En: *I problemi giuridici di Internet, a cura di Cesare Vaccà*. Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell’Università Bocconi e Giuffrè Editori. Milano, 2000. pp. 105 y ss.

(3) PICCOLI, Paolo y Giovanna ZANOLINI. *Il documento elettronico e la firma digitale*. En: *I problemi giuridici di Internet*. *Op. cit.*; pp. 57 y ss.

telemática para ahorrar tiempo, distancia, dinero. Sin duda, ello genera una serie de problemas e interrogantes que en los últimos años han sido abordadas por la legislación de los diversos países, con el objeto de poder facilitar su expansión.

Dentro del comercio electrónico, por otro lado, se diferencian las transacciones que celebran las empresas, *business to business*, de aquellas que se dan entre proveedores y consumidores, *business to consumer*. Igualmente, se distinguen aquellas que requieren del envío tradicional o por correo común de los bienes ofertados (comercio electrónico indirecto) de aquellos casos en los que los productos o servicios son remitidos por vía electrónica (comercio electrónico directo) como sucede, por ejemplo, con programas de computadora, música, videos, servicios de ingeniería (planos), libros virtuales, etcétera.

En el ciberespacio, las ofertas se muestran sobre soportes ajenos al papel; las intenciones de contratar se revelan a través de formas digitales, figuras, dibujos, imágenes, canastillas de elección. Las respuestas no involucran voluntades declaradas en el sentido tradicional sino por medio de impulsos electrónicos; los contratos se concluyen en almacenes virtuales sin interesar el espacio físico, los idiomas y las fronteras. El lenguaje jurídico se enriquece y se nutre del lenguaje telemático. Es más, como ha sido destacado⁽⁴⁾, los actos a título gratuito han resurgido en la red. Y es que, como una modalidad provechosa de marketing, ha aparecido como una práctica telemática un espacio importante para el uso gratuito de herramientas tecnológicas, ya sea de casillas de *email* o de cesión de programas, de obras multimediales, etcétera, si bien con limitaciones en cuanto a su funcionalidad o en cuanto al tiempo que cautivan a los navegantes y que luego los inducen a la compra (y pago) de dichos productos o servicios cuando encuentran utilidad y se vuelven adeptos a ellos.

Debido a este nuevo escenario, la respuesta atinente a la protección que merece el ciberconsumidor atraviesa por la posición que ha de asumirse ante el fenómeno llamado comercio electrónico o *ecommerce* (hoy *ebusiness*). Y ante ello no cabe sino señalar que la tendencia reflejada en una serie de precursores instrumentos internacionales⁽⁵⁾, comunitarios⁽⁶⁾ o nacionales, es la de favorecer la *shopping on line*, procurando, dado que se trata de un hecho de alcance global, llegar hacia una autorregulación que provenga de los propios actores, con poca injerencia de los diversos Estados, y tendiendo hacia la uniformidad de la regulación legal, sin que ello implique no tomar en cuenta los intereses de los consumidores⁽⁷⁾.

Algunos países ya cuentan con una legislación sobre el comercio electrónico que protege, con la misma intensidad que el desarrollo del cibermercado, los intereses del consumidor. Tal es, por ejemplo, el caso de Italia. En este país se ha reformulado la disciplina del comercio al detalle con el Decreto Legislativo 114, del 31 de marzo de 1998, *Riforma della disciplina relativa al settore del commercio a norma del articolo 4, comma 4 della legge 15 marzo 1997*. En ella se reclama, como una de las finalidades de la reforma (Artículo 1) la tutela del consumidor, con particular referencia a la información, a la posibilidad de aprovisionamiento, al servicio de proximidad, a la seguridad de los productos, cuando no a la eficiencia, la modernización y el desarrollo de la red, la evolución tecnológica de las ofertas, con incidencia en los precios. En esta norma, el legislador italiano ha regulado las diversas modalidades de venta al detalle, como es el caso de la venta por correspondencia, por televisión y otros sistemas de comunicación, las ventas a domicilio y el comercio electrónico, el cual (artículo 21) debe desarrollarse tutelando los intereses del consumidor, favoreciendo el uso de instrumentos y técnicas de gestión de calidad dirigidas a garantizar la

(4) SARZANA DI S. IPPÓLITO, Fulvio. *Profili del commercio via Internet*. Milano: Giuffrè. 1999. pp. 53 y ss.

(5) Entre los cuales puede mencionarse la Declaración conjunta de Washington firmada por los Estados Unidos con la Unión Europea sobre el comercio electrónico, del 5 de diciembre de 1997 (*Joint UE-U.S. Statement on Electronic Commerce*); el Modelo de Ley Uniforme sobre el comercio electrónico elaborado por UNCITRAL en 1996 y el adicional artículo 5 adoptado en 1998; etcétera.

(6) En Europa son conocidos, entre otros, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *Una iniciativa en materia de comercio electrónico*, COM (97) 157 del 15 de abril de 1997, etcétera.

(7) El párrafo 4 de la Declaración de Washington señala que es indispensable que se asegure: “*the effective protection of privacy with regard to the processing of personal data on global information network*”, promoviendo al mismo tiempo, según el párrafo cinco, el desarrollo “*preferably on a global basis, of self-regulatory codes of conduct and technologies to gain consumer confidence in electronic commerce, and in doing so, to involve all market players, including those representing consumer interests*”.

credibilidad de los operadores y a aumentar la confianza del consumidor⁽⁸⁾.

En otro lugar hemos comentado⁽⁹⁾ como una de las iniciativas de la Unión Europea vinculadas al auge del comercio electrónico y la protección de los intereses de los consumidores, la emisión de la Directiva 97/7/CE que contiene el marco regulatorio de la protección de los adquirentes finales en los contratos a distancia. La iniciativa no solo supone la actualización de la directiva que se elaboró en el año 1985 en materia de contratos fuera de establecimientos comerciales. Va más allá, puesto que tiene como propósito ofrecer a los países miembros de la Unión Europea un instrumento que coincida con los actuales medios telemáticos de comercialización de bienes y servicios.

En nuestra obra antes citada también hemos hecho referencia a que Italia, país que nos sirve de ejemplo, ha actuado aquella directiva de 1997 mediante el decreto legislativo 185 del 22 de mayo de 1999, *Gazzetta Ufficiale* número 143 del 21 junio de 1999 (con rectificación en la *G.U.* número 230 del 30 setiembre de 1999).

La ley italiana entiende por contrato a distancia aquel que tiene por objeto bienes o servicios estipulados entre un proveedor y un consumidor en el ámbito de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, por tal contrato, emplea exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia para la conclusión del contrato. En el anexo I del Decreto Legislativo 185 se precisan las técnicas de comunicación para los contratos a distancia, entre las que se cuenta a los impresos, cartas-circulares, publicidad impresa con orden de compra, catálogos, teléfono con intervención de un operador, teléfono sin intervención de un operador (dispositivo automático de llamada, audiotexto), radio, videoteléfono (teléfono con imagen), teletexto (microcomputador, pantalla de televisión) con teclado sensible al tacto, correo electrónico, fax, televisor (telecompra, televenta).

La ley reconoce al consumidor el derecho a desistirse del contrato (*diritto di recesso*) sin tener que pagar penalidad alguna o especificar motivo. La explicación se nutre de una adecuada razonabilidad⁽¹⁰⁾. El consumidor solo ha tenido frente a sí imágenes. El

producto, para él, es una realidad virtual; ha carecido de la posibilidad de mirar el bien, de probarlo, de negociar las condiciones de adquisición. Ni siquiera ha tenido contacto humano y la tarjeta de crédito que guarda en la billetera es el mejor aliado del consumo; “teclea” y consume desde el ordenador de su casa sin desplazarse por ningún mundo de tres dimensiones, todo ello sin perjuicio de ser bombardeado, como hoy en día lo vemos y lo padecemos, de una serie de correos electrónicos de publicidad (*spam*) que lo atosigan, que lo invitan a comprar sin detenerse a pensar, en muchas ocasiones, en la necesidad y oportunidad de adquirir un producto.

Lo interesante de estos instrumentos es que el Derecho del consumidor, quizá como no muchas de las diversas disciplinas jurídicas (excepción hecha, claro está, del propio Derecho comercial), muestra su vocación expansionista a los más recientes logros de la tecnología, pues la preponderancia que hoy en día juega la protección de los intereses de los consumidores no se encuentra ausente en el comercio electrónico. Si Internet creó la figura del ciberconsumidor, este ya juega un rol preponderante en la regulación de las transacciones concluidas *on line*.

2. Los contratos telemáticos y la reforma del código civil. Los *web sites*, el correo electrónico y las firmas digitales

El uso de los diversos medios telemáticos plantea una serie de interrogantes. Tal como en su momento ocurriera con instrumentos como el télex y el fax, hoy en día se han masificado las compras por medio de correos electrónicos y por medio de visitas a las páginas *web*.

La doctrina ha tratado, desde diversas perspectivas, de dar respuesta a esta nueva realidad en la que los comportamientos, especialmente en el caso de las páginas *web*, no suponen la emisión de una declaración negocial en el sentido tradicional de la expresión. Los temas que se pretende abarcar tienen relación con el perfeccionamiento del contrato y con la determinación del lugar en el que ello ocurre, a efectos de someter el acuerdo a una legislación específica y a deslindar a qué jurisdicción se sujeta el negocio.

(8) VACCÁ, Cesare. *Introduzione. Commercio elettronico e consumatori*. En: *Il commercio elettronico. Op. cit.*; p. 17.

(9) VEGA MERE, Yuri. *Contratos de consumo*. Lima: Grijley. 2000. pp. 112-114.

(10) DELFINI, Francesco. *I contratti dei consumatori e Internet*. En: *Consumatori, contratti, conflittualità, a cura di Cesare Vaccá*. Milan: Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè Editori 2000. p. 314.

Debo recordar, a estos efectos, que en las compras o contratos *on line* el usuario utiliza los formatos, imágenes, canastillas y opciones de elección predispuestas por el proveedor quien, además, si tiene suficiente cuidado, publicita las condiciones a las cuales se sujetan las compras que se efectúen en su almacén virtual. Dejando a un lado este supuesto, sobre el cual regresaremos líneas abajo, lo cierto es que a los operadores lo primero que se nos viene a la mente es tratar de dar respuesta a las preguntas planteadas sobre la base de la propia legislación, que sirve de soporte para cualquier solución; pero lo real es que las respuestas, sin perjuicio de la necesidad de esbozarlas, suelen resultar, en no pocos casos, insuficientes habida cuenta de la vocación de globalización de Internet que arrasa con las demarcaciones geográficas.

Las soluciones, por otro lado, pueden merecer cierta matización según la operación de la que se trate; es decir, según constituya una transacción entre empresas (*business to business*) o entre estas y consumidores (*business to consumer*), básicamente por la diferencia que existe en el tratamiento de la información con la que se publicite y promueva la venta de bienes o los servicios. En efecto, sabemos (de acuerdo a lo dicho en precedencia) que nuestra legislación civil (Artículo 1388 del Código Civil) dispensa a la oferta al público el tratamiento de una invitación a ofrecer, en tanto que la legislación en materia de consumo obliga al proveedor por toda aquella información o publicidad con la que alcance a los consumidores. Producto de esta inicial distinción, resulta claro que en el terreno del Derecho del consumidor -y siempre bajo la mirada del derecho interno- las páginas *web*, que contienen ofertas de lo más variadas, obligan al proveedor en tanto la información que contienen será vinculante. No será igual la respuesta si el negocio se concluye entre proveedores. Y es que lo previsible es que entre empresas se busque la negociación antes de usar las canastillas o las opciones cerradas que se suelen ofrecer en la red, cuestión que no se presentará en los casos de adquisiciones efectuadas por usuarios o adquirentes finales.

Esta diferencia de tratamiento, con sustento normativo, también conduce a una posición diversa respecto del comportamiento del visitante. Si este es consumidor, su comportamiento equivale a una aceptación. Y digo expresamente comportamiento porque el caso requiere de una adecuada disección. No es un supuesto más de aceptación constituido por una declaración emitida en la acepción clásica. Para que se pueda hablar de aceptación, inclusive, no basta



el envío de un mensaje de texto o de los mensajes que se remiten haciendo uso de las casillas o formatos del proveedor: es necesario que el consumidor cumpla la prestación a su cargo cuando envía el mensaje digitando, por lo general, los datos de las tarjetas de crédito que posea.

En nuestro país es conocida la reforma del Código Civil que hubo en el año 2000 por obra de la Ley 27291 (publicada el 24 de junio de 2000), que incorporó la referencia al uso de medios electrónicos para concluir negocios jurídicos en general y contratos en particular, con la modificación de los Artículos 141 y 1374 y la inclusión del Artículo 141-A.

Las reformas quedaron plasmadas con los siguientes textos:

“Artículo 141: 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. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Artículo 141-A: En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través

de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

Artículo 1374: La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”.

De acuerdo con el nuevo texto del Artículo 140, también se consideraría expresa la declaración de voluntad efectuada por medios electrónicos o análogos. A su turno, según el nuevo numeral, 141-A, cuando la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo, dando espacio, de esa manera, a las firmas digitales sobre las cuales nos detendremos luego.

En materia de contratos, el Artículo 1374 contiene un segundo párrafo que es de especial interés. En efecto, según lo establecido en dicho párrafo, si la declaración contractual se realiza por medios electrónicos, ópticos o análogos, se presume su recepción cuando el remitente reciba el comúnmente denominado “acuse de recibo”. La referencia es compleja y además necesitará de una adecuada ponderación por causas diversas. En primer lugar, la norma no establece si se trata de una presunción *iuris tantum*, pero así lo asumimos. En segundo término, debo destacar que, pese a que se refiere a toda declaración contractual, su aplicación tiene mayor importancia con la aceptación. En tercer lugar, debo

dejar sentada mi posición en el sentido que el llamado “acuse de recibo” no es una declaración contractual más que el cierre del círculo o *iter* que se requiere para que se perfeccione el contrato, es decir, no es un añadido a la aceptación. Es, simplemente, el hecho sobre el cual se configura la presunción establecida en la ley respecto de la recepción de cualquier declaración contractual y, reitero, con más trascendencia en el caso de la aceptación.

Dicho ello, debo agregar que la presunción no siempre se configurará en los contratos telemáticos. Se ha de recordar, para ello, que cuando se concluye un contrato, especialmente mediante el uso de correos electrónicos, muchos usuarios remitentes no hacen uso de las opciones que permite dicha herramienta para generar, automáticamente y mediante la utilización de ciertos dispositivos, una respuesta de la lectura o arribo del mensaje (en la que para nada interviene la mano del destinatario, salvo su lectura). Distinto es el caso de las páginas *web* en las que, como parte de la *shopping on line*, los propios proveedores programan de tal manera que la respuesta automática que se recibe es parte de los pasos que se conocen en las compras que efectúan los visitantes.

Las normas introducidas en el Código Civil no resuelven la incógnita que planteábamos líneas arriba. Dejan sin respuesta el momento en que se debe entender concluido un contrato, especialmente en los casos de compras por medio de un *web site*. Por ello, y siempre recurriendo al derecho interno, y bajo la premisa que en estos casos el consumidor paga antes o simultáneamente con la decisión de adquirir un bien o contratar un servicio, creo que la norma aplicable es la del Artículo 1380 del Código, el mismo que prescribe que, cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución⁽¹¹⁾. Añade la norma que el aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

(11) DELFINI, Francesco. *Il commercio elettronico*. En: *Il commercio elettronico*. Op. cit.; pp. 57-60. Cuando también refiere la aplicación de una norma similar del *Codice Civile* italiano (el artículo 1327) muestra las dudas respecto de la misma, dado que entiende que con ello se resta espacio a la posibilidad de revocar o dejar sin efecto la aceptación. Sin embargo, lo cierto es que luego reconoce que (en países como Italia) el consumidor tiene el derecho al desistimiento o arrepentimiento, derecho que no existe en la legislación nacional. No dudo que tenga razón que con una solución similar se arrebate la posibilidad, al aceptante, de poder restar efectos a la aceptación, dado que la velocidad de los mensajes en Internet tornan en imposible la posibilidad de que primero llegue la revocación, pero por la forma en que se suceden los hechos, la norma del artículo 1380 del Código Civil parece más cercana al supuesto de comunicar la aceptación por medio de la ejecución de la prestación, a pesar que sea una simple autorización a debitar el precio en la tarjeta de crédito que utiliza el consumidor.

Es más, si somos más atentos con el supuesto, el consumidor ni siquiera paga, a lo sumo autoriza al Banco o ente emisor de la tarjeta de crédito que pague al proveedor titular del *web site*⁽¹²⁾. Sin embargo, es la norma que mayor cercanía guarda con el caso bajo análisis. Y, por otro lado, como bien se dice en la doctrina, cualquiera que sea la norma aplicable, la aceptación del contrato denominada *point and click* constituye una forma de aceptación expresa⁽¹³⁾.

Con lo dicho hasta este punto hemos resuelto el momento del perfeccionamiento del acuerdo, mas no el lugar en el que se considera celebrado el contrato. Y, sobre este particular, debo recordar que en los debates iniciales, los autores que abordaron este asunto se dejaron seducir por la ubicación física del servidor al cual se encontraban conectados los contratantes. Así es. Debido a que en el ciberespacio aquellos que acceden a un *hosting* o a un *housing*⁽¹⁴⁾ para alojar sus *web sites* suelen contratar los servicios de un *provider*, éste bien podría tener alojado o ubicado físicamente el servidor en un territorio geográfico distinto e incluso lejano de las partes. Debido a que los mensajes suelen transmitirse de un servidor a otro, una parte de la doctrina consideró que el contrato se consideraba celebrado cuando la aceptación (o esta más la ejecución de la prestación a cargo del aceptante) ingresaba al servidor del cual se servía el oferente. Todo ello conducía a pensar que el lugar de celebración del negocio podía ser, en dicho supuesto, un lugar ajeno al domicilio del consumidor o bien al establecimiento principal o secundario del proveedor. También se afirmó que el proponente conoce la aceptación cuando (en el caso del *email*) descarga el mensaje en el lugar en el que se encuentre, pero si lo descarga en un ordenador portátil se podría llegar a afirmar que conoce el mensaje en el sitio en el que se encuentre, cualquiera que fuere⁽¹⁵⁾. Si recordamos que hoy en día se puede acceder a los mensajes a través de conexiones muy avanzadas (la conocida herramienta OWA o la conexión de una portátil con módem a un celular que accede a Internet) desde cualquier parte del mundo, las soluciones variarían permanentemente y se dificultaría la definición del lugar en el que se considera perfeccionado el

contrato, con incidencia sobre la determinación de la ley aplicable.

Esta solución ha sido abandonada por irreal, por impráctica. Hoy en día se postula considerar que se debe considerar como lugares de celebración del contrato aquellos en los cuales exista una unidad principal de negocios del proveedor⁽¹⁶⁾, y en la Unión Europea, como ya hemos visto al momento de comentar la directiva sobre los contratos a distancia, se privilegia el domicilio del consumidor para los fines de evitar que quede privado de protección. Dado que en nuestro país y en la región latinoamericana no existen respuestas como la europea, bajo la aplicación del derecho interno, y haciendo a un lado toda referencia a los servidores, la solución vendría dada por el Artículo 1373 del Código Civil según el cual el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en el que la aceptación es conocida por el oferente.

Si bien lo dicho puede parecer convincente, en el ciber mundo las transacciones suelen producirse entre personas que residen en lugares distintos. Y, claro está, cada parte mirará el régimen legal que cada país tenga previsto para las operaciones contractuales entre Estados distintos (el Derecho internacional privado), a efectos de dirimir el momento de conclusión del contrato, que tendrá particular interés para definir la ley aplicable y los tribunales competentes. Aquí encontramos otros problemas que quisiera reseñar brevemente, al menos por lo que ocurre con nuestra normativa. Tengo la impresión que las normas que el Código Civil contiene en materia de contratación en el libro dedicado al Derecho internacional privado han sido elaboradas pensando en el contrato negociado o paritario. Y sostengo que ello es así debido a que el Artículo 2095 toma como primer punto de conexión la ley elegida por las partes.

En los mercados virtuales, en los cuales los proveedores estructuran sus ofertas hacia los consumidores esperando que estos accedan a los productos sin preocuparse por la ley aplicable, aquellos suelen incorporar clausulados (muchas veces en el idioma más común en Internet, el inglés) en los cuales se somete a los usuarios a la legislación elegida

(12) DELFINI, Francesco. *Il commercio elettronico*. En: *Il commercio elettronico*. Op. cit.; p. 58.

(13) Es la opinión de Fulvio Sarzana di S. Ippolito, en SARZANA di S., Carlo y Fulvio SARZANA di S. HIPÓLITO. *Profili del commercio Internet*. pp. 95-96.

(14) SARZANA di S. IPPOLITO, Fulvio, *I contratti di Internet e del commercio elettronico*. Milano: Giuffrè, 2001. pp. 68 y ss.

(15) Como bien lo hace notar TOSI. *La conclusione di contratti "on line"*. En: *I problemi giuridici di Internet*. Op. cit.; pp. 25-26.

(16) DELFINI, Francesco. *Il commercio elettronico*. En: *Il commercio elettronico*. Op. cit.; pp. 60-62.

unilateralmente por el comerciante y sin ningún espacio para que el adquirente pueda negociar o pretender variar tal predisposición. Lo mismo sucede con la jurisdicción que el proveedor decide, igualmente de modo unilateral. Los demás parámetros del Artículo 2095 (que sirven para determinar cuál es la ley aplicable) tampoco son de mucha utilidad, a no ser el último, pero ello también requiere una especial atención. En efecto, si las partes no hubieran elegido ley (es muy difícil que el proveedor no imponga la normativa que él incluyó en sus condicionados generales), el artículo en cuestión alude al lugar en el que debe cumplirse la prestación principal. La norma carece de sentido práctico. La abrumadora mayoría de contratos son con prestaciones recíprocas y si bien en Internet se ofrecen muchos productos y servicios gratuitos (a veces temporalmente), lo cierto es que tanto la prestación del proveedor como el pago de cuenta del consumidor son prestaciones principales. Frente a ello, el criterio final es el de la ley del lugar de celebración del contrato, por lo que resultaría que, si aplicamos el numeral 1373 del Código, será el del oferente y este tendrá ese *favor legis*. Es evidente que no existe, en nuestra legislación, una adecuada protección al ciberconsumidor y que será altamente complejo alcanzar una respuesta debido al abundante comercio con el país del norte. Quien sabe si, en todo caso, la región latinoamericana o la Comunidad Andina debieran promover un régimen de protección a favor de los usuarios finales para que sean tutelados por la ley de su país o sus reclamos se sometan a los tribunales de su Estado. Quizá para ello resulte conveniente uniformar o aproximar las legislaciones de esta región.

Al lado de los problemas que hemos tratado de esquematizar, surgen otros relacionados con la determinación de la autoría o paternidad de los mensajes y de la integridad del texto de estos últimos. Si bien, otrora, en el caso del télex y del fax se partía de la idea de la atribución de la autoría al custodio de tales aparatos, en el caso del *email*, por ejemplo, se sabe que el uso de las direcciones electrónicas para lanzar mensajes puede ser objeto de sustitución de su titular por un tercero que asalta su computador o, como hoy en día se dice, de clonación; es decir, se puede clonar una dirección para enviar mensajes de texto. Más delicado es el supuesto en el que, dado que las compras por Internet se suelen concluir con el uso de tarjetas

de crédito, quien sustituye o se apropia del uso del correo ajeno también utiliza indebidamente el medio de pago indicado, o bien puede tomar los números de dicha tarjeta, crear una dirección que asemeje (de ser necesario) el nombre de su titular, y hacer uso de las cifras para efectuar adquisiciones por los medios telemáticos. Son ya numerosísimos los casos reportados en la prensa. Todo ello, sin embargo, no ha amedrentado al legislador para intentar favorecer el comercio electrónico.

Por ello, en los últimos años ha aparecido, en los distintos países, legislación relativa a las llamadas firmas digitales. En el Perú, la Ley 27269, publicada el 28 de mayo de 2000, introdujo la Ley de Firmas y Certificados Digitales, posteriormente desarrollada por su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 019-2002-JUS.

Como se señala en el Artículo 1 de la ley en cuestión, su objeto es regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad. La ley entiende por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. Como es claro, se busca una “equivalencia funcional” que facilite el comercio electrónico, que permita la atribución de paternidad de los mensajes (a los que llama documentos electrónicos⁽¹⁷⁾) y garantice su integridad al ser enviados mediante el uso de dicha tecnología.

Para dicha norma, la firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.

El Artículo 4 del Reglamento, por otro lado, distingue la firma digital de la firma electrónica. Mientras que la firma digital es aquella que utiliza una técnica de criptografía asimétrica y que tiene la finalidad de asegurar la integridad del mensaje de datos a través de un código de verificación, así como la vinculación entre el titular de la firma digital y el mensaje de datos remitido;

(17) El Reglamento define al documento electrónico como el conjunto de datos basados en bits o impulsos electromagnéticos, elaborados, generados, transmitidos, comunicados y archivados a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

la firma electrónica es entendida como cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse, autenticar y garantizar la integridad de un documento electrónico o un mensaje de datos cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. El sistema previsto legalmente se complementa con los denominados certificados digitales, que son los documentos electrónicos generados y firmados digitalmente por una entidad de certificación que vincula un par de claves con una persona determinada confirmando su identidad, así como con la actuación de las entidades verificadoras que cumplen con la función de levantamiento de datos y comprobación de la información de un solicitante de certificado digital, identificación y autenticación del suscriptor de firma

digital, aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados digitales, aceptación y autorización de las solicitudes de cancelación de certificados digitales, etcétera. Se sostiene, por los conoedores, que el sistema de firmas digitales es muy seguro y confiable para determinar la autoría de los textos y su integridad, dado que el titular de una firma y del correspondiente certificado es el único que tiene acceso a la clave privada con la cual envía mensajes o documentos electrónicos. Esta legislación, por otro lado, pone en evidencia que la contratación por medio de *emails* no es segura como tampoco lo es la conclusión de transacciones en *web sites*. Sin embargo, el sistema de firmas digitales requiere de inversiones no despreciables y de un número de usuarios que justifique su implementación. Si no existe demanda que sirva de soporte, la ley tendrá escasa aplicación. ¹⁵

VILLAVICENCIO, CALDERON & ASOCIADOS
ABOGADOS

PORTA 107, OFICINA 801, MIRAFLORES
LIMA 18, PERU

Telefonos: (511) 241-9260
(511) 241-9317
Telefax (511) 446-8913

email@villavicencioabogados.com
www.villavicencioabogados.com