

¿EXISTEN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS?

EDUARDO BARBOZA BERAÚN*

Profesor de Contratos
Pontificia Universidad Católica del Perú
Master en Derecho
Universidad de Virginia

*A mi amigo y maestro,
Manuel de la Puente y Lavalle*

INTRODUCCIÓN

Dicen que una vez un hombre mayor, el abuelo, el que todo lo sabe, fue sorprendido por su nieto cuando éste le preguntó en que consistía el Internet, no encontrando el abuelo mejor idea que contarle la siguiente historia:

Hace algunos años entre el río Tigris y el Éufrates, mostrándole en el mapa un lugar denominado Babel, unos ingenieros decidieron construir una gran torre, una torre tan alta que pudiera llegar hasta el cielo, con el propósito de poder hablar con Dios de tú a tú y así informarse de todo. Dios consideró esto un tanto pretencioso por parte de los hombres, razón por la cual confundió las lenguas, de modo tal que, el arquitecto no se entendió más con el ingeniero y el ingeniero no podía hablar más con el picapedrero. Así, se clausuró la obra.

Ha pasado bastante tiempo después de este fenómeno, de este hecho, y Dios felizmente ha reconsiderado, dijo el abuelo, los hombres necesitan informarse, los hombres necesitan comunicarse, los pueblos necesitan conocerse, los pueblos necesitan integrarse, y por eso, el mundo necesita Internet. De esta manera, explicó el abuelo en que consistía el Internet.

Durante el Décimo Primer Congreso sobre Seguridad de la Tecnología de Información en Canadá, uno de los expositores, específicamente el Vice-Ministro de Industrias, el señor Keven Lench, graficó la importancia y justificación del Internet con el siguiente ejemplo:

Una empresa, con el deseo de remitir un documento de 42 hojas, desde Ottawa hasta Tokio, contempla tres posibilidades:

La primera es el correo estándar, (en este caso, el inmediato); la segunda es el fax; y la tercera, el Internet.

Es así que, enviar 42 hojas por correo inmediato podía hacerse en 24 horas (1440 minutos) y

* El autor es Abogado Asociado del Estudio Luis Echeverría García, Abogados.

costaba 39 dólares.

Utilizar el fax tomaba 31 minutos y costaba 24 dólares con 50 centavos.

Finalmente, usar el Internet, tomaba 2 minutos y costaba nada más que 11 centavos de dólar.

La evidencia habla, pues, por sí sola. Haciendo una sencilla operación matemática, el Internet en este caso era 700 veces más rápido que el correo de entrega inmediata y 355 veces más barato. Asimismo, resultaba 46 veces más rápido que el fax y 222 veces más barato.

La tendencia hacia la internacionalización del comercio electrónico, sin duda, conviene a una economía como la peruana en donde la mayoría del comercio electrónico en un futuro cercano será de empresa local a empresa extranjera.

El comercio electrónico, sin embargo, trae consigo dos consecuencias, que son, la globalización y la marginación, porque el país que no participa en la determinación de las reglas de juego quedará al margen, sin otro remedio más que aceptar las reglas impuestas por otros.

Sólo para tener una idea al respecto, la revista Newsweek¹ en 1999 estimó que 196 millones de personas en todo el mundo eran usuarios del Internet a finales de ese año y, se esperaba que para el año 2003, el número de usuarios supere los 500 millones. No tenemos duda que el Internet, es pues, el instrumento de comunicaciones de más rápido crecimiento que ha habido hasta el momento.

Consideramos entonces que el Perú no puede ser una isla, es decir, tener una legislación propia que quizás no sea inter-operable con otros ordenamientos, y que finalmente, terminemos siendo discriminados al no poder comerciar con otros países simple y llanamente por tener esquemas legales incompatibles.

Parafraseando a Darwin², "quien sobrevive no es necesariamente el más fuerte o el más inteligente, sino el que es capaz de adaptarse al cambio. La mejor manera de predecir el futuro es construyéndolo."

Ahora bien, tal como señala Josseland³ "la historia del contrato es la de un desarrollo constante". Y el desarrollo de las comunicaciones impulsa la evolución del hombre, en consecuencia, la del contrato.

Reflexionemos por un momento ¿cómo se concertaban los contratos en un inicio? No podemos pensar más que en meros acuerdos verbales entre personas, es decir, que ambas partes contratantes tenían que estar físicamente reunidas.

Imaginemos ahora el posterior y revolucionario invento del papel. Con la invención del papel ya no resultaba necesario que las partes se encontrasen reunidas en un mismo lugar para

1 Newsweek, Volumen 4, número 41, pág. 35, publicado el 13 de octubre de 1999.

2 DARWIN, Charles, Teoría de la Evolución, Ediciones Península, Barcelona, 1972, pág. 31.

3 JOSSELAND, Louis, Derecho Civil, Road y Cia Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen 1, pág. 14.

celebrar el correspondiente contrato. Nos imaginamos sin duda la gran revolución que originó en su momento.

Luego podemos pensar en el invento del fax, producto del avance de las comunicaciones y, consecuentemente, de los contratos.

Hoy por hoy, se presenta el internet y se dice que viene a revolucionar por completo la forma de hacer negocios. Frecuentemente se escucha que rompe esquemas legales porque quien contrata por medios electrónicos se encuentra en un mundo virtual sin fronteras territoriales, en el denominado ciberespacio.

No tenemos duda que el internet facilita la contratación y, probablemente hoy en día, se considere que se trata de la revolución más grande en la historia de los contratos. Pero fácilmente podríamos preguntarnos ahora, ¿qué es lo que vendrá después?

No obstante todas estas grandes revoluciones que hemos graficado a manera de ejemplo, entre otras, somos de la opinión que, los contratos han seguido concertándose sin desnaturalizarse en lo absoluto.

Como quiera que sea, los contratos siempre seguirán siendo la herramienta necesaria del hombre para poder satisfacer sus necesidades y alcanzarse así las más variadas finalidades de la vida económica. Por eso, es que el jurista francés Toulemon⁴ señalaba con acierto que el contrato está en la persona como el esqueleto en la piel, o como bien apunta Arias Schreiber⁵, el contrato está en la persona como la sangre en las venas.

CONTRATACIÓN

El tema que nos convoca y respecto del cual han surgido una serie de cuestionamientos es, si son o no válidos los contratos on-line bajo nuestra regulación en materia contractual.

Y la respuesta a dicha interrogante es afirmativa. Consideramos que, de acuerdo con la legislación peruana no hay impedimento para celebrarse este tipo de contratos, y nos referimos tanto a la legislación vigente como a la regulación previa a las modificaciones que se implementarán en el Código Civil con la Ley N° 27291, de fecha 24 de junio de 2000.

Debemos precisar que, técnicamente la celebración del contrato se produce con la unión de dos propuestas contractuales que son la oferta y la aceptación de la oferta, vale decir, el consentimiento mutuo de las partes contratantes para crear una relación jurídica obligacional de contenido patrimonial.

En otras palabras, donde se dé una oferta de contrato, aquella intención de contratar seria, definitiva y completa, que es aceptada por el destinatario de la misma o potencial aceptante, es decir, donde se fusionen ambas propuestas contractuales para formar una sola, lo que el maestro de la Puente⁶ denomina "la declaración conjunta de voluntad común", allí indefectiblemente nacerá un contrato.

4 TOULEMON, André. *Le mépris des contrats et la cité*, pág. 14.

5 ARIAS SCHREIBER, Max. *Estudios*. Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 14.

6 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, Tomo II, pág. 326.

Elo resulta totalmente posible si tales propuestas contractuales se realizan a través de medios electrónicos en sus distintas modalidades, ya sea C2C (consumer to consumer, léase entre consumidores), B2B (business to business, léase entre empresas), B2C (business to consumer, léase de empresa a consumidor), entre otras, pues, a través de un medio electrónico es posible efectuar una oferta de contrato y una aceptación de la misma, como se precisa en este trabajo.

Sin embargo, y como es lógico, se tiende a pensar que los medios electrónicos son inseguros, que es posible poder accederse a su contenido con facilidad, debido a que los documentos que constan en ellos son adúlterables.

Debemos empezar, pues, por cambiar esta idea errónea para hacer aplicable la legislación vigente a las situaciones que se presenten con documentos que consten en medios electrónicos.

Nótese que, no se trata en rigor de un tema de celebración del contrato, sino de uno de seguridad y probanza del mismo. En efecto, el contrato concertado a través de un medio electrónico estaría técnicamente bien formado al seguirle a una oferta que se realiza mediante dicho medio, una aceptación de la misma. En tal sentido, resulta necesario darle protección jurídica para poder acreditar su existencia y así darle contenido auténtico ante los tribunales.

Tal como lo hemos mencionado, con la normativa vigente, inclusive con la regulación previa a la Ley N° 27291, es posible celebrarse contratos a través de medios electrónicos. Elo es producto de la autonomía privada, principio universal de la contratación que se apoya en sus dos pilares básicos, que son, la libertad de contratar, llamada por Alterini⁷ como la libertad de autodeterminación, mediante la cual las partes contratantes son libres de celebrar o no un contrato y celebrarlo con quien así lo deseen (recogida por el artículo 2, numeral 14 de la Constitución), y de otro lado, la libertad de configuración interna o libertad contractual denominada también por Alterini⁸ como la libertad de autoregulación, la cual permite que las partes decidan cuáles serán las estipulaciones de su contrato, excepto por lo dispuesto por normas imperativas y/o aquellas que interesen al orden público o a las buenas costumbres.

En consecuencia, lo pactado por las partes contratantes es ley para las mismas y pacto sagrado para los demás, pues, por un lado, el artículo 1361 del Código Civil recoge el principio del pacto sunt servanda, vale decir, que los contratos son ley para las partes y, la Constitución de 1993, por su parte, establece en su artículo 62 la validez de los contratos de acuerdo a las normas vigentes y su permanencia en el tiempo, al señalar que "los términos de los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones que con posterioridad a la configuración del mismo, se dicten por los órganos competentes", derogándose así el indeseable artículo 1355 del Código Civil que recogía la teoría del Dirigismo Contractual. Hoy, afortunadamente, se consagra la teoría de la Santidad de los Contratos.

En este sentido, se asegura que los contratos se encuentren protegidos ante los cambios normativos y sigan produciendo los efectos que las partes pretendían conseguir en su momento y en función de los cuales se comprometieron.

De otro lado, cabe señalar que la ley exige algunas formalidades para cierto tipo de contratos.

7 ALTERINI, Aldo Antón. La Autonomía de la Voluntad. Cursillo. Prejuris, Advocatus, Editorial Universa, Córdoba, 1995, pág. 13.

8 ALTERINI, Aldo Antón. Op. Cit., pág. 14.

La razón de ser de esta exigencia es la protección de las partes de ciertos contratos que no reflejen verdaderamente su voluntad; además, de funcionar como un medio probatorio ante una eventual controversia, o que en todo caso las partes contratantes evalúen bien el compromiso a asumir, dado que luego de concertado un contrato no hay marcha atrás, salvo claro está que, ambas partes acuerden dejarlo sin efecto. Nos referimos, precisamente al caso de los contratos solemnes.

Si bien es cierto que nuestro sistema jurídico recoge el principio contractual de la libertad de formas, es decir, que el mero consentimiento o sólo consenso genera un contrato, también se presenta el caso de los denominados contratos solemnes. Tales contratos, de conformidad con el artículo 1352 del Código Civil, son aquellos actos jurídicos que para su formación, además del consentimiento de las partes, se requiere un plus que les impone la ley; que es, el seguir una determinada formalidad (llámese escritura pública o que el contrato tenga que concluirse por escrito), bajo sanción de nulidad.

En tales casos, el contrato se forma cuando se solemniza. Se entiende que el consentimiento se expresa a través de la solemnidad, de lo contrario no habrá contrato, sino tan sólo un documento privado. Por ejemplo: el contrato de donación de un bien inmueble no será un contrato hasta que se solemnice en un escritura pública. Recién allí, se habrá dado el consentimiento, y por tanto, quedará celebrada dicho contrato. De lo contrario, tal como se ha indicado se tratará simplemente de un documento privado.

Cabe precisar al respecto que nos referimos a contratos solemnes y no a contratos formales, pues, en rigor no existen contratos formales e informales, sino contratos solemnes y no solemnes. Ello se debe sencillamente a que todo contrato tiene una forma de concertación, es decir, alguna manera de haber sido formado. En tal sentido, no obstante se haya realizado de manera verbal, este acuerdo verbal será la forma cómo las partes contratantes exteriorizan su voluntad para cerrar dicho negocio.

Ahora bien, cuando la ley ordene que el consentimiento se exprese a través de una formalidad específica, bajo sanción de nulidad, es decir, que se trate de un contrato solemne, aquí podían presentarse (previamente a la dación de la Ley N° 27291) algunos inconvenientes para contratar a través de medios electrónicos. Nos referimos por ejemplo a la donación de bienes muebles que debe hacerse por escrito, cuando se trate de bienes cuyo valor sea mayor al 25% de la Unidad Impositiva Tributaria⁸, la donación de bienes inmuebles que debe efectuarse por Escritura Pública, o la fianza que debe concertarse por escrito.

Obviamente no se trata de una imposibilidad de celebrar este tipo de contratos a través de un medio electrónico, pues, la formalidad podría cumplirse luego, pero sí resultaría dificultoso. En todo caso, se trata de un número pequeño de contratos a los que la ley les impone esta formalidad, y en todo caso, no se trata precisamente de la clase de negocios que normalmente se cierran vía Internet.

Cabe destacar al respecto, la importancia que ha venido cobrando el principio universal de la autonomía privada, particularmente en el derecho actual. Esa facultad delegada por el Estado a los ciudadanos para que las partes celebren el contrato y lo modelen como mejor les parezca, sin transgredir obviamente normas imperativas, al orden público o las buenas

⁸ La Unidad Impositiva Tributaria para el ejercicio 2011 asciende a S/ 3.080,00.

costumbres, dándole de esta manera un carácter obligatorio a los mismos. Los formalismos van quedando de lado, salvo para los referidos contratos solemnes.

De acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil el contrato es el "acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Esta definición, tal como la hemos señalado resulta perfectamente aplicable a un contrato celebrado mediante un medio electrónico, pues, lo jurídicamente relevante no es el soporte sobre el que consta un contrato, sino el hecho que confluyan las voluntades de las partes intervinientes en tal contrato.

Cabe aclarar que respecto de la manifestación de voluntad, consideramos que ésta también era posible de ser expresada a través de medios electrónicos con el artículo 141 inicial del Código Civil antes de su modificación. Dicho artículo señalaba que, "La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. (...)"

Ahora bien, una declaración expresada a través de un medio electrónico es una manifestación de voluntad realizada por medio directo. No será de tipo oral, y debemos confesar que tenemos serias dudas de tratarla como una manifestación escrita (por ejemplo si pensamos en los impresos de un e-mail como los escritos de una máquina de escribir), pero no tenemos duda que se trata de un medio directo, pues, se utiliza un signo que expresa directamente la voluntad del sujeto emisor. Lo que se requiere es que el destinatario reciba la manifestación de voluntad que el emisor expresa, y ello se cumple con un medio electrónica.

Al respecto, señala Vidal¹⁰ que, "la manifestación expresa por medio del lenguaje escrito se da a través de lo que escribe de su puño y letra el propio interesado o de lo que escribe otro por cuenta o encargo suyo y, además, cuando se emplea una máquina de escribir o una imprenta u otros medios mecánicos o electrónicos, como el telégrafo y el télex (...). Lo que se requiere es que el destinatario reciba la voluntad que se manifieste."

Es altamente probable que el legislador de 1984 al referirse al medio directo no pensara en el Internet, pero no debe olvidarse que la norma se adapta a los cambios y se explica por sí misma, no por la intención del legislador.

Sobre el particular, apunta Albaladejo¹¹ que "el sentido que debe buscar la interpretación es el de la norma en sí (...), es decir, el sentido de la norma no es inmutable, sino, que puede cambiar a tenor de la situación de la misma en la totalidad del ordenamiento jurídico y de las existencias de la realidad. Razón por la que hoy que excluirla que por sentido de la norma debe entenderse el que quiso dar el legislador que la dictó (voluntas legislatoris), pues, por otro lado, la vigencia de tal norma se apoya, no en el legislador que la dictó, sino, en el legislador que la mantiene."

En este mismo orden de ideas, si cuestionarse qué debe entenderse por sentido de la ley.

10. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría General del Acto Jurídico, Primera Edición, Cultural Quiso S.A., Lima, 1989, pág. 85.

11. ALBALADEJO, Manuel. Interpretación de las Normas Jurídicas Civiles. Lizarria (Bosch), Barcelona, Tomo I, Volumen Primero, págs. 115-116.

Coviello¹² señala que, "lo que se llama espíritu o sentido de la ley no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley considerada objetivamente como un ente que existe por sí dotado de fuerza propia. Decir precisamente que el espíritu de la ley se identifica con la voluntad del legislador es algo que no está conforme con la realidad de las cosas, especialmente si se atiende a la formación de la ley en los estados modernos."

En tal sentido, somos de la opinión que con la normatividad anterior resultaba totalmente posible manifestar la voluntad a través de medios electrónicos.

Puede que este supuesto genere o no algunas dificultades de probanza sobre la existencia del contrato, sin embargo, debe diferenciarse el contrato en sí mismo, del soporte (que bien puede ser físico o electrónico) que lo contiene.

No obstante ello, la modificación planteada por la Ley N° 27291, en el sentido de aclarar que puede manifestarse la voluntad vía medios electrónicos y, que además, tales medios cumplen con las formalidades que la ley establece para los casos de contratos solemnes es por cierto muy saludable.

Ahora bien, la interrogante será siempre si un documento electrónico puede ser lo suficientemente seguro como para acreditar fehacientemente que un contrato fuera celebrado en una determinada fecha y bajo condiciones específicas. Consideramos que la respuesta a esta interrogante es afirmativa, siempre y cuando se trate de un documento electrónico que tenga detrás, todo un sistema de certificación que lo respalde y pueda acreditarlo de una manera fehaciente.

Al respecto, las entidades de certificación permiten que las partes contratantes identifiquen a su contraparte y lo vinculen al documento electrónico. En estos casos, el firmante del documento electrónico no puede repudiar su autoría una vez que su firma sea certificada. En todo caso, tendrá que probar por otros medios que alguien no autorizado tuvo acceso a su clave privada y firmó usurpando la titularidad de la firma en cuestión, y aún así, será responsable frente a su co-contratante.

Es precisamente con este objeto que se aprobó la Ley N° 27269 (Ley de Firmas Digitales), de fecha 28 de mayo de 2000. Una firma digital no es una firma escaneada, y menos aún se trata de una firma en la computadora, sino que básicamente funciona como una tarjeta de crédito, pues, mediante la convergencia de dos llaves o claves (una pública y otra privada), se logra darla la misma seguridad de una firma manuscrita, siendo además respaldada por el certificado electrónico correspondiente que se emita a dicho efecto.

Una característica de dicha ley es que no es obligatoria, vale decir, que resulta posible utilizar otras formas de vinculación, tales como, el iris (que según entendemos no fue adoptada por implicar un costo muy alto) o la huella digital (que tampoco se adoptó, ante el peligro de un eventual comienzo de "tráfico de dedos mutilados").

Una vez que se conoce con certeza que la firma digital pertenece a la contraparte, dicha firma es válida para comprobar la integridad del documento. En tal sentido, quien firma electrónicamente no podrá negarlo,

12. COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, págs. 71-72.

Una figura del Derecho Norteamericano denominada "Non Repudiation" o Teoría del No Repudio, sustenta lo señalado en el párrafo anterior. Básicamente, señala que una determinada comunicación o mensaje electrónico adquiere fuerza vinculante o efectos jurídicos, ante el posible rechazo o reclamación de su no-existencia. En un determinado contexto contractual se hace referencia al repudio, cuando una de las partes tiene el derecho legítimo a negar la validez o fuerza vinculante de un contrato, contrario sensu, nos encontramos con el "no repudio" cuando una de las partes queda vinculada por el negocio contractual de forma tal que no puede negarse la existencia o validez de dicho contrato u obligación.

Ahora bien, para determinar cómo se forma un contrato por medios electrónicos, debemos contestar a la pregunta de cómo se forman los contratos en general. Nótese que, precisamente el título de este artículo cuestiona la existencia de los contratos electrónicos, simple y llanamente porque no existen tales contratos, sino que lo que existen, son los contratos celebrados a través de medios electrónicos. Por ejemplo, si dos partes celebran un contrato a través de un medio electrónico, cuyo objeto sea la entrega en propiedad de una cosa a cambio de recibir su precio en dinero, no podremos decir que se trata de un contrato electrónico, sino de uno de compraventa. Por eso, insísimas, no se confunda el contrato en sí mismo con el soporte físico o electrónico que lo contiene.

El Código Civil de 1936 hacía referencia a la mal llamada contratación entre presentes y contratación entre ausentes. Sostenemos que se trata de una denominación errónea, pues, la presencia y la ausencia no deben ser entendidos en términos físicos (el hecho que las partes se encuentren ubicadas físicamente en el mismo lugar), sino en términos jurídicos.

En este sentido, se entiende por términos jurídicos, de un lado, la presencia, como la posibilidad de conocimiento inmediato. Se trata del caso de la contratación por teléfono, la contratación por radio, la contratación por tele-conferencia etc. Cabe precisar que no se trata de contratos especiales, sino de formas especiales para contratar. Entonces, mal podría denominarse a un contrato concertado por un medio telefónica como un caso de contratación telefónica. En este caso el teléfono será, pues, el medio, la herramienta para celebrar el contrato. Puede fácilmente apreciarse que en estos casos, no obstante encontrarse ambas partes físicamente separadas, se encuentran en comunicación inmediata.

La ausencia, por su parte, alude a que no existe posibilidad de comunicación inmediata. Éste es el caso del correo tradicional. Pueden darse casos, como en efecto sucede, de personas que no obstante encontrarse ubicadas físicamente en un mismo lugar, no hablan el mismo idioma, o cuando dos personas ubicadas en una misma habitación se encuentran separadas por un vidrio. Es obvio, que a pesar de estar físicamente en un mismo lugar, no se encuentran en comunicación inmediata.

Cabe indicar que respecto de la contratación concertada a través del fax, la doctrina se encuentra dividida, concluyéndose entonces que puede ubicarse en ambas categorías. Evidentemente, todo dependerá de si las partes contratantes se encuentran ubicadas cada una en sus respectivas máquinas de fax, y si envían y reciben los foxes de manera inmediata.

Somos de la opinión que los contratos concluidos a través de medios electrónicos, como por ejemplo el e-mail o mensaje electrónico, podría ubicarse, al igual que el fax, en ambas categorías, es decir, que podrá tratarse o no de un caso de comunicación inmediata. De la misma forma que lo señalado en el párrafo anterior, continuando con el ejemplo del e-mail dependerá de si las partes tienen abiertos sus respectivos *inbox* o bandeja de entrada del e-mail y si reciben y contestan los e-mails de manera inmediata.

Ahora bien, el problema evidentemente radica en la contratación entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata. Surge la interrogante de cuándo y dónde se entiende celebrado el contrato. En doctrina, básicamente son cuatro (4) las teorías que absuelven estas interrogantes.

La primera, es la Teoría de la Declaración. Señala que el contrato se forma cuando existe una declaración de aceptación. Ello, resulta evidentemente la posición más insegura, pues, la declaración de aceptación todavía no ha salido de la esfera de dominio del potencial aceptante o destinatario de la oferta.

La segunda, es la Teoría de la Expedición. Dispone que el contrato queda concluido en la fecha de expedición de la declaración de aceptación. Igualmente, se trata de una teoría insegura, pues, el oferente no puede saber aún si el contrato ha sido formado. No obstante la inseguridad que representa esta teoría para el oferente, es la regla adoptada por el Common Law (Sistema Norteamericano), denominada *Dispatch rule* o *Mail box rule*¹³. También ha sido recogida en el Derecho Civil, como es el caso de la legislación Española (en casos de contratos comerciales y no civiles), Chilena, entre otras.

En tercer lugar, está la Teoría de la Recepción. Señala que el contrato queda concertado cuando la declaración de aceptación ingresa al campo de control del oferente, es decir, cuando éste la recibe. Sin embargo, la crítica a esta teoría es que podría darse el caso que el oferente no se haya enterado por muchas razones de la recepción de la aceptación, y que por tanto, se haya celebrado el contrato sin su conocimiento.

Finalmente, en cuarto lugar, está la Teoría del Conocimiento. Supliendo el defecto de la teoría de la recepción, dispone que no basta con recibir la declaración de aceptación, sino que además es necesario conocerla para poder determinar el contrato. El gran inconveniente de esta teoría es que el aceptante no podría saber a ciencia cierta cuándo el oferente u ofertante ha conocido la aceptación. Si bien el contrato es la unión de declaraciones que se conocen, el problema radica en determinar cuándo el oferente conoce la declaración de aceptación del destinatario de su oferta. Ello, evidentemente, también torna insegura esta teoría.

Nuestro Código Civil formula una teoría mixta. De conformidad con el artículo 1374 de dicho texto legal, "[...] la aceptación (...) se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla." En tal sentido, el conocimiento coincide con la recepción de la aceptación, salvo que se demuestre la imposibilidad de conocimiento del destinatario, sin culpa obviamente.

La contratación por medios electrónicos, a nuestro parecer, al igual que los otros medios contractuales antes indicados, está enmarcada perfectamente en esta regla. Una oferta de contrato realizada a través de un medio electrónico, y una aceptación de la misma a través de la misma vía forman un contrato. Este contrato, mal denominado contrato

13) DAWSON, John P., HARVEY, Willem B., HENDERSON Stanley D. *Contracts*. Foundation Press, Seventh Edition, New York, 1988, págs 436-437.

electrónico¹⁴, al igual que cualquier otro, se entiende formado en el lugar donde el oferente recibe la aceptación y en ese momento, pues, la aceptación se presume conocida con su recepción.

En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1353¹⁵ del Código Civil, las reglas del Libro VI, Sección Primera del Código Civil, son totalmente aplicables a los contratos concertados por medios electrónicos. Nos referimos a la Cesión de Posición Contractual, la Lesión, la Excesiva Onerosidad de la Prestación, las Excepciones de los Contratos con Prestaciones Recíprocas, Saneamiento etc.

Ahora bien, tenemos entendido que en América Latina, México y Colombia tienen legislación especial sobre comercio electrónico, siendo una práctica más generalizada en los Estados Unidos y en Europa.

Respecto de la determinación de formación de un contrato electrónico, el artículo 11 de la Propuesta de Directiva de la Unión Europea establece que el contrato se celebrará con el consentimiento del destinatario del servicio, (i) cuando haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio, y (ii) haya confirmado la recepción de dicho acuse de recibo.

Se considera recibido (el acuse recibo) y hecha la confirmación cuando las partes a que voyan dirigidas tengan acceso a los mensajes.

Tanto el acuse de recibo del prestador de servicios como la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible.

De otro lado, el artículo 14 de la Ley Modelo para el Comercio Electrónico del UNCITRAL¹⁶, señala como mecanismo de seguridad adicional, que debe darse un acuse de recibo de la aceptación de la oferta y, por tanto, de la conformación del contrato.

El Proyecto de Ley de Contratación Electrónica (Proyecto N° S010) que está siendo debatido en el Congreso se inspira en la Ley Modelo del UNCITRAL, con el fin de que la ley resultante no sea incompatible con ordenamientos internacionales. El interés principal de esta regulación es el fomento del comercio electrónico como una manera innovadora de hacer negocios. Tomando en consideración este hecho, se busca que las normas sean adecuadas a la tendencia internacional. Precisamente esa razón fue la que llevó al ex-Presidente Bill Clinton, en julio de 1997, a emitir una Directiva Presidencial sobre el Comercio Electrónico con el fin de impulsarlo y desarrollarlo.

En relación al acuse de recibo, el referido artículo 1374¹⁷ del Código Civil fue modificado por

14. Guenar Bender y Christian Bernier en su artículo denominado "Electronic commerce without frontiers?", publicado en el *International Journal of Communications Law and Policy* de 1999-2000, cuestionan el concepto de Contratos Electrónicos al señalar que los "Electronic Contracts would have been better headed Contracts completed electronically (...)"

15. Artículo 1353: "Todos los contratos de derecho privado, inclusive los mencionados quedan sometidos a las reglas generales de esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato."

Cabe precisar al respecto que cuando la norma hace referencia a los contratos innominados, sólo relativos a los contratos atípicos, pues, los primeros simplemente se tratan de contratos que no tienen un nombre legal o nombre, mientras que los segundos son aquellos que no han merecido todavía una regulación legal.

16. United Nations Commission on International Trade Law o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

17. Dicho artículo establece que: "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 éste pruebe haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de conocerlo."

la Ley Nº 27291, incluyéndose al final del mismo que si las propuestas contractuales "(...) se realizan 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."

Nótese que, sólo se trata de una presunción. En efecto, de acuerdo con la regla prevista en el mencionado artículo 1374, el contrato es formado cuando el oferente recibe la declaración de aceptación del destinatario de su oferta. El acuse de recibo sólo busca dar seguridad al aceptante de que su declaración fue recibida y, que por lo tanto, causó el efecto jurídico deseado, es decir, la formación del contrato, mas no la de darle un tratamiento distinto a la contratación realizada por medios electrónicos. En tal sentido, la regla de formación de contratos no ha sido modificada.

En este orden de ideas, consideramos que si hubiese alguna forma distinta para acreditar un contrato concertado por medios electrónicos, ello sería suficiente.

De otro lado, a propósito de la estandarización de los contratos, refiriéndonos al contrato moderno como uno de carácter masivo, nuestro Código Civil regula la oferta al público, la invitación a ofrecer, los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el auge de la contratación por adhesión y con arreglo a cláusulas generales de contratación. Según W. D. Lawson (en su artículo "Standard form contracts and democratic control of law-making power", publicado en la *Harvard Law Review*), citado por Hondius¹⁸, "[...] los contratos a módulo estandarizado se estiman llegar al 99% de todos los contratos actualmente conocidos."

El comercio electrónico frecuentemente utiliza estas formas de contratación. Es mas, normalmente los contratos son formados mediante ofertas al público, sujetas a condiciones generales (las llamadas condiciones de uso que todo usuario debe aceptar una vez que ingresa a una Página Web) y probablemente se tratará de contratos por adhesión (donde el destinatario de la oferta no tiene libertad contractual, sólo libertad de contratar, es decir, de aceptar o no una oferta, pero no de contraofertar).

Finalmente, respecto de la necesidad de brindar protección jurídica a los contratos celebrados por medios electrónicos para poder acreditar su existencia y así darles contenido auténtico ante los tribunales, debemos señalar que, el Código Procesal Civil contiene una norma sobre el particular.

En efecto, al artículo 234 de dicho código admite a los medios electrónicos como un tipo de documentos. Tal dispositivo legal dispone que, "son documentos (clase de medios probatorios) los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsimil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microfomas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado."

Al respecto, cabe pronunciarse sobre si la norma fue creada para el Internet, pues, existen

¹⁸ HONDIUS, Ewoud H. Il contratto sulle condizioni generali nel Diritto Olandese. En "Le condizioni generali di contratto" a cargo de Massimo Bianca, Dal A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, Volumen II, pag. 403.

posiciones contrarias que sostienen que ello no fue la intención del legislador. Se señala que en el año 1991 el legislador no podía pensar en el Internet, pues, se trataba de un tema muy incipiente, y que por lo tanto, la referencia del mencionado artículo 234 a soportes electrónicos aludía a otros supuestos.

En este sentido, nos preguntamos, entonces, a qué otra cosa podría estar refiriéndose un documento recogido "[...] en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado."

Sobre el particular, debemos señalar en primer lugar que, tal como se ha manifestado previamente, la ley no se interpreta por lo que el legislador pensaba en su momento, sino que se interpreta por sí misma.

En segundo lugar, en caso quedara alguna duda de lo señalado en los párrafos precedentes, la norma citada es una modificación del artículo 234 inicial del año 1991. En efecto, el artículo 234 inicial señalaba que "son documentos los escritos, públicos o privados, los impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho o una actividad humana o su resultado". Tal disposición fue modificada por la Ley N° 26612, del año 1996, es decir, cinco (5) años más tarde, texto que se mantiene vigente hasta el día de hoy, y que sin duda no puede aludir a otra cosa más que al Internet.

De otro lado, cabe señalar a manera de ilustrar la importancia que viene adquiriendo en nuestro país el comercio electrónico también en el área procesal que, mediante la Ley N° 27419, de 7 de febrero de 2001, se ha modificado los artículos 163° y 164° del Código Procesal Civil. El nuevo artículo 163° del Código Procesal Civil permite que a pedido de parte, las resoluciones, salvo el traslado de la demanda o de la reconvenición, citación para absolver posiciones y finalmente la sentencia, puedan ser notificadas por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que se permita confirmar su recepción. El artículo precisa que la notificación por correo electrónico sólo se realizará para la parte que lo haya solicitado.

En tanto el artículo 164° del Código Procesal Civil dispone que el facsímil, correo electrónico u otro medio deberá emitirse en dos ejemplares, uno para su envío y el otro será agregado al expediente. En el caso de notificaciones por correo electrónico deberá dejarse constancia en el expediente del correo electrónico entregado para su envío, anexándose el reporte técnico que acredite su envío.

En este orden de ideas, podemos concluir que los contratos por el hecho de concluirse y constar en medios electrónicos, no son menos seguros que los tradicionales que constan en papel. No olvidemos que, los documentos tradicionales también son alterables, y resulta factible comprobar dicha alteración.

El tema para las partes contratantes será finalmente uno de opción.

LEY APLICABLE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Con relación a este tema, no hay duda que lo ideal sería contar con una ley universal sobre comercio electrónico aplicable a todos los países. Creemos sin embargo que, mientras dicho

norma supranacional no exista, las reglas generales del Derecho Internacional Privado son aplicables a los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos.

En efecto, las partes nuevamente en virtud del principio de la autonomía privada, pueden elegir la ley aplicable a su contrato. Las normas existentes del Derecho Internacional Privado, reconocen en su mayoría, la autonomía privada como criterio preferente de aplicación.

En tal virtud, el artículo 2095 del Código Civil establece que las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Adicionalmente, el mismo artículo señala que, si las obligaciones contractuales deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso no poder ser determinado ésta, por la ley del lugar de celebración. Finalmente, la norma agrega que si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.

No obstante, es común referirse al comercio electrónico como aquél que se realiza en una aldea virtual, es decir, donde las transacciones se realizan en un mundo sin fronteras, finalmente las partes contratantes se encontrarán físicamente ubicadas en algún territorio respectivamente, entiéndase en algún país frente a un computador, el cual, es pues, tal como se ha indicado, una herramienta o medio más para contratar.

En consecuencia, si luego de aplicar la norma citada a un contrato concertado por medios electrónicos, se remitiera a la legislación peruana, entonces aplicaríamos todo lo expuesto. En caso contrario, deberá aplicarse la ley extranjera correspondiente.

Finalmente, con relación a este tema han tomado mucha importancia los denominados ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) como medios alternativos de solución de conflictos o los cuales recurren las partes contratantes ya sea habiéndolo previsto en su contrato correspondiente o mediante un acuerdo luego de su celebración ante una eventual disputa. Específicamente nos referimos al arbitraje.

El Perú no es ajeno a ello, y por tanto, la Constitución de 1993 reconoce expresamente en su artículo 139, numeral 1, al arbitraje como una jurisdicción independiente al Poder Judicial, y como tal, resulta un medio privado alternativo de solución de controversias.

La Ley General de Arbitraje (Ley No. 26572), por su parte, regula tanto el arbitraje doméstico como el internacional. Se entiende por arbitraje internacional si las partes en un convenio arbitral tienen sus domicilios en estados diferentes al momento de la celebración del convenio, o si el lugar del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones está situado fuera del lugar en que las partes tienen sus domicilios.

Es válido, recomendable y a la vez muy usual el sometimiento a arbitraje respecto de las eventuales disputas relativas a los contratos celebrados por medios electrónicos.

Adicionalmente, cabe indicar que el Perú cuenta con un Cibertribunal. Se trata de un órgano de solución de conflictos y controversias derivadas del uso de las tecnologías de la información, mediante la aplicación de la conciliación y el arbitraje.

Una vez presentada la solicitud de conciliación y arbitraje, el Cibertribunal Peruano operará como un ente Mediador y Conciliador entre las partes. De no arribar a un acuerdo conciliatorio (o de legarse a un acuerdo conciliatorio parcial), actuará en un segundo nivel como un Tribunal

Arbitral.

La comunicación entre los representantes del Cibertribunal Peruano se desarrollará mediante correo electrónico. Las sesiones de conciliación y las audiencias de arbitraje se realizarán utilizando en algunos casos el correo electrónico y en otros se aplicarán sesiones de Chat y de Video Conferencia, tanto entre las partes en conflicto y el Tribunal, así como entre los Vocales del Tribunal. Evidentemente, los costos se reducen sustancialmente y el proceso mismo se torna mucho más expeditivo.

Ahora bien, el Cibertribunal pretende ser un órgano de prevención y resolución de conflictos para los países de habla hispana.

En este contexto, podrán someterse al Cibertribunal todos aquellos temas vinculados a la informática por el uso de redes y nuevas tecnologías, en los que a petición de parte nacional o extranjera se solicite su intervención.

Elo significaría que cualquier conflicto derivado en el ciber espacio por la actividad comercial, podría ser resuelto por el Cibertribunal Peruano, evitando así las tediosas discusiones de juez competente y ley aplicable.

CONCLUSIÓN

Quisiéramos concluir el presente trabajo con la siguiente reflexión:

De un lado, Bill Gates¹⁹ señala que, "si los 80 fueron el decenio de la calidad y los 90 el de la reingeniería de procesos, el primero de los 2000 será el de la velocidad. De la rapidez con que cambiará la naturaleza de las empresas. De la rapidez con que se desarrollarán las transacciones. De cómo el acceso a la información cambiará el estilo de vida de los consumidores y las expectativas planteadas a las empresas. (...)"

Y, de otro lado, Bob Garratt²⁰ apunta que, "para que una organización sobreviva, su ritmo de aprendizaje debe ser igual o mayor que el ritmo de cambio de su entorno."

No obstante ello, no pretendamos ser el abuelo o el nieto de la historia que comentábamos en un inicio sobre la gran torre de Babel. El primero, que por no dejarse sorprender por el nieto ilustra sólo las bondades del Internet, sin previa reflexión al respecto. El segundo, que acepta incondicionalmente todo lo dicho por el abuelo.

Debemos ser prudentes y no radicalizarnos. Es cierto que no se trata de ser una isla, impidiendo u obstaculizando nuestra ley nacional como consecuencia de transacciones comerciales con otros países con la velocidad requerida por las partes. Pero no es menos cierta tampoco, que deba sostenerse que sólo lo moderno es lo válido y útil, mas no lo clásico o lo presente, y que por ello, nuestra legislación resulta vetusta, pues, tal como se ha indicado ello no es así. Nuestro Código Civil, al contener una legislación de avanzada en materia contractual, es acorde con el comercio electrónico.

19. GATES, Bill. Los Negocios en la Era Digital. Plaza & Janés Editores S.A., pág 13.

20. GARRATT, Bob. The Learning Organization. Harper Collins Business, London, 2000, pág 4.

Ahora bien, las modificaciones que se han implementado en nuestra legislación a propósito del comercio electrónico, son por cierto muy saludables y evidentemente facilitarán la contratación a través de medios electrónicos.

Sin embargo, no debemos olvidar que, el contrato se forma por la conjunción de la oferta y la aceptación de la misma. Así ha ocurrido en el pasado, sigue ocurriendo en el presente y presumiblemente ocurrirá en el futuro.

El comercio electrónico conserva este esquema, pues, el soporte electrónico es sólo un medio más para la formación de un contrato.