

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL DERECHO PERUANO

JORGE MUÑOZ ZICHES

Catedrático de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La contratación electrónica en el Código Civil peruano de 1984: 1. ¿Cuándo se perfecciona el contrato electrónico?; 2. ¿En qué lugar se perfecciona el contrato electrónico?

I. INTRODUCCIÓN

Qué duda cabe que vivimos en un nuevo siglo donde el concepto de velocidad ha superado los viejos arquetipos de la revolución tecnológica de la década de los noventa y de la reingeniería empresarial de la década de los ochenta.

Ante esta realidad de un mundo cibernético y virtual, parece ser, sin lugar a dudas, que todo el mundo empresarial ha acogido sin ningún prejuicio la necesidad de desarrollar la economía a través del Internet, ya sea por el ahorro de costos o por un dinamismo casi mágico que convierte las transacciones en una realidad en cuestión de segundos.

Frente a este fenómeno, el mundo del Derecho corrió el peligro de quedar marginado ante tal ola de cambios, pues parecía que las reglas tradicionales de la contratación moderna de acuerdo a las pautas y cánones establecidos en el Código Civil peruano, que de por sí es considerado moderno (recordemos que el Código Civil se encuentra vigente desde 1984), quedaba obsoleta.

Del mismo modo, el mundo del Derecho asistía absorto ante otra realidad: la ruptura del paradigma del concepto de territorialidad de la ley, pues en el mundo cibernético no existen fronteras ni espacios territoriales.

Por tanto, el operador del derecho tuvo que actuar rápido a fin de responder a las sociedades del mundo con normatividades claras y prácticas que permitieran este desarrollo vertiginoso de las transacciones electrónicas.

En el Perú, legislativamente se avanzó de manera acorde a los cambios a partir del año 2000. En efecto, el Congreso promulgó la Ley 27291¹ que modificó los artículos 141 y 1374 del Código Civil para permitir la contratación por vía electrónica. Asimismo, se dictaron las Leyes 27269² y 27310³ con la finalidad de regular el uso de la firma digital en reemplazo de la firma manuscrita y con ello dotar de seguridad y veracidad a las transacciones electrónicas. Luego de casi dos años de discusión se aprobó el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales (D.S. 019-2002-IUS, publicado el 18 de mayo de 2002). Finalmente como corolario de este esquema de modernidad en la contratación electrónica, el Congreso promulgó la Ley 27309⁴ que legisla sobre los Delitos Informáticos castigando severamente a los actores delincuenciales que perpetran la utilización o el ingreso ilícito a los sistemas o redes de computadoras con el objeto de interferir, interceptar, dañar, alienar o destruir la información que contenga tal sistema.

¹ Ley 27291: "Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la constitución de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica", publicada el 24 de junio de 2000.

² Ley 27269: "Ley de Firmas y Certificados Digitales", publicada el 28 de mayo de 2000.

³ Ley 27310: "Ley que modifica el Artículo 11 de la Ley N° 27269", publicada el 17 de julio de 2000.

⁴ Ley 27309: "Ley que incorpora los delitos informáticos al Código Penal", publicada el 17 de julio de 2000.

El presente artículo pretende analizar los cambios introducidos por la Ley 27291 que permite la contratación por vía electrónica, ya que el tratamiento de los otros temas antes mencionados, tales como la prueba procesal en el contrato electrónico, la tributación en el comercio electrónico, la propiedad intelectual en el Internet y otros temas afines, exigen una mayor extensión.

En consecuencia, en este artículo analizaremos, fundamentalmente el tema relativo al **momento y lugar de la formación de los contratos electrónicos**, a don de dar respuesta a las interrogantes acerca de qué jurisdicción es competente y qué legislación es aplicable a los contratos celebrados por medios electrónicos.

Debemos hacer una advertencia al lector: Como bien señala la Exposición de Motivos de la Ley 27291, los cambios introducidos en el Código Civil en lo concerniente a la contratación por vía electrónica, están dirigidos esencialmente a resolver los problemas que enfrentan las transacciones "negocio a negocio" (*business to business/B2B*) y no a la contratación masiva que hoy en día se realiza en el mundo del Internet y donde millones de consumidores adquieren bienes y servicios a través de esta fantástica red con el ahorro consiguiente de tiempo y costo en las transacciones. Para estos casos en especial se considera que el tratamiento legislativo debe estar enmarcado en una legislación especializada dirigida al concepto de la protección del consumidor, dadas las posibles desventajas en las que se encuentra el consumidor al no tener acceso fácil a los reclamos que se puedan producir como consecuencia de los bienes defectuosos o los malos servicios recibidos a través de este sistema. En otras palabras, la contratación electrónica "consumidor a negocios" (*consumer to business/C2B*) debe ser tratada de manera específica en una Ley especial, aunque encuentra en las modificaciones al Código Civil que se comentarán en este artículo, las bases mínimas para su desarrollo.

II. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

El contrato, entendido como el acuerdo de voluntades de dos o más partes, es el instrumento jurídico que permite el intercambio de bienes y servicios, así como la transmisión de derechos y obligaciones.

El Código Civil peruano de 1984 y, en general, las codificaciones modernas contemplan como un principio de la contratación privada, la libertad de formalidad, según la cual las partes tienen la libertad para utilizar los medios y la formalidad que mejor convenga a sus intereses. Por consiguiente, existe libertad para que las partes contratantes decidan cómo celebrarán sus contratos.

Partiendo del hecho que los lectores ya están familiarizados con las transacciones electrónicas, en las cuales se ha sustituido la firma tradicional por la firma digital y en donde, de conformidad con la Ley 27269 modificada por la Ley 27310, se recurre al sistema internacional del "Public Key Infrastructure" (PKI) con la intervención de las entidades verificadoras y/o certificadoras, pasamos a exponer los cambios producidos en nuestro Código Civil vigente.

La primera pregunta que puede estar haciéndose el lector es si era o no necesario modificar el Código Civil, ya que con las reglas vigentes desde 1984 podrán aplicarse los conceptos de la contratación tradicional y permitir por ende la contratación electrónica.

Por consiguiente, resulta necesario revisar rápidamente el artículo 141 y el artículo 1374 del Código Civil peruano antes de su modificación, cuyos textos eran los siguientes:

"Artículo 141.- 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 indubitablemente 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 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 éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla".

Notará el lector que de un análisis detallado de los preceptos citados podría ocurrir que, en caso de un litigio, el Juez de la causa no encuentre en una interpretación literal la posibilidad de aplicar tales preceptos a una contratación realizada por medios electrónicos. En efecto, la manifestación de voluntad como tradicionalmente ha sido explicada y como la recoge el artículo 141 del Código Civil, consiste en una manifestación expresa o tácita; siendo expresa "cuando se realiza en forma oral o escrita", como reza el propio texto del artículo 141 sin modificar. Ahora bien, en el mundo jurídico actual una propuesta u oferta y su respuesta considerada aceptación, podría ser incluso dirigida a través de medios modernos como el fax. Pero ello no soluciona el problema antes mencionado de la declaración de voluntad emitida por medios electrónicos ya que esta no necesariamente va de la mano con el concepto de "manifestación en forma oral o escrita". En efecto, yo puedo "programar" mi propia declaración de voluntad para que esta se dé en un tiempo y espacio diferente a la propia declaración y su elaboración. Por esa razón la modificación del artículo 141, agregando al texto original que la manifestación de voluntad expresa de forma escrita puede realizarse a través de "cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo", era indispensable.

Por consiguiente, el nuevo texto del artículo 141 es el siguiente:

"Artículo 141.- Manifestación de voluntad"

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 inequívocamente 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".

Completando esta modificación, el legislador incluyó un nuevo artículo al Código Civil peruano de 1984, nos referimos al artículo 141-A, para dejar claramente establecido que cuando la manifestación de voluntad deba efectuarse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

El texto del nuevo artículo 141-A es como sigue:

"Artículo 141-A.- Formalidad"

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".

En el campo de los contratos, el artículo 1374 del Código Civil fue modificado partiendo del hecho que una contratación electrónica es aquella que se efectúa entre personas ausentes o

que no están en comunicación inmediata como lo reconoce la doctrina moderna. En consecuencia, se agregó un párrafo a dicho artículo indicando que si la oferta, su revocación, la aceptación y, en general, cualquier otra declaración contractual se realizan a través de medios electrónicos, debía presumirse la recepción de la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, cuando el remitente "reciba acuse de recibo". La redacción del vigente artículo 1374 es la siguiente:

"Artículo 1374.- Conocimiento y contratación entre ausentes.

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".

1. ¿Cuándo se perfecciona el contrato celebrado por medios electrónicos?

A estas alturas y con la información anotada, el lector puede plantearse la siguiente pregunta: *en los contratos celebrados por medios electrónicos donde falta la comunicación inmediata, ¿en qué momento y lugar se forma dicho contrato?*

Para nuestro Código Civil, el contrato se perfecciona cuando la aceptación es conocida por el oferente (artículo 1373). La teoría que asume nuestro Código respecto al perfeccionamiento del contrato es la llamada Teoría del Conocimiento; sin embargo, esta teoría es complementada con la Teoría de la Recepción al señalar que toda declaración contractual se considera conocida cuando llega al domicilio de su destinatario.

En conclusión, el contrato se perfecciona cuando el oferente recibe en su domicilio la aceptación de su oferta, pues cuando llega la aceptación se presume su conocimiento por el oferente, y en consecuencia, las teorías plasmadas en el Código Civil de 1984 son la Teoría de la Cognición o del conocimiento matizada o complementada con la Teoría de la Recepción, planteamiento similar al Código Civil y Comercial italiano de 1942.

Pero, ¿por qué tal conjunción de teorías?

Como señalan algunos tratadistas, en la teoría de la cognición se presenta una situación confusa y peligrosa ya que el aceptante no tiene certeza de si el oferente ha conocido su declaración de voluntad. En cambio, en la teoría de la recepción (llegada de la aceptación al domicilio del oferente) el perfeccionamiento del contrato se realiza cuando la declaración de voluntad llega "al ámbito o círculo de intereses del oferente: su domicilio, su oficina, etc." como lo señala el ilustre jurista peruano Manuel de la Puente y Lavalle en su obra "El Contrato en General"⁵. Sin embargo, tampoco hay una satisfacción plena del aceptante para saber el momento en que el oferente "recibió" la aceptación.

Imagínese estimado lector la confusión que puede acarrear tal incertidumbre en una contratación realizada por vía electrónica; la misma que, sin lugar a dudas, también se puede presentar en la contratación tradicional, pero que en la contratación electrónica es mucho más grave porque ante tales exigencias se perdería la parte más atractiva en dicha contratación: el concepto de velocidad. Claro está que en la contratación tradicional no interesa el valor de

⁵ Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Palestra Editores Lima, Tomo I.

tiempo ya que los contratantes pueden intercambiar las veces que deseen y en el tiempo que quieran las pruebas necesarias para establecer la formación del contrato. De ahí la vital importancia de la modificación al artículo 1374 cuando establece que se presumirá la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba acuse de recibo.

Sin lugar a dudas el lector se preguntará si el concepto de acuse de recibo es el ya famoso llamado "cargo" al que estamos acostumbrados todos en el mundo de los negocios donde se remite información y se solicita por seguridad el cargo de recepción. No estimado lector. No es ese concepto al que alude el nuevo artículo 1374.

Respecto al acuse de recibo, Recalde Castelló sostiene que "no se trata de una nueva declaración de voluntad del oferente sino más bien de un registro formal electrónico que tiene por finalidad garantizar la autenticidad del mensaje recibido".⁶ Así, el término de acuse de recibo no es el antiguo cargo de recepción.

Las personas familiarizadas en el mundo de la cibernética y del comercio electrónico saben perfectamente de las opciones "confirmación de lectura" y "confirmación de entrega" que están al alcance de quienes usan los sistemas de correos electrónicos, los cuales permiten a los remitentes de comunicaciones electrónicas saber la fecha y hora exacta de la entrada al servidor del destinatario del mensaje enviado, así como la fecha y la hora exacta en que este mensaje fue abierto y por lo tanto leído por el destinatario. Son a estos conceptos a los que se refiere el nuevo artículo 1374 cuando menciona el vocablo "acuse de recibo".

2. ¿En qué lugar se perfecciona el contrato celebrado por medios electrónicos?

Habiendo contestado la pregunta de cuándo y cómo se forma el contrato electrónico en el Código Civil peruano, pasemos a analizar brevemente en qué lugar se forma el contrato y por ende, qué leyes son aplicables a los contratos celebrados por medios electrónicos.

La problemática de la jurisdicción competente y la ley aplicable a los contratos electrónicos pasa por una serie de planteamientos y propuestas que lamentablemente llegan todavía a una sola conclusión: esta es que para determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable a los contratos electrónicos deberá tenerse en consideración la ley del domicilio de cada uno de los contratantes a no ser que estos de mutuo propio y de manera diligente e inteligente hayan optado por determinar claramente estos dos factores en su relación jurídica contractual.

Entonces el siguiente comentario, como es obvio suponer, está dirigido a aquellos contratos en los cuales no se ha tomado esta precaución.

Las soluciones planteadas en la legislación internacional pasan desde propuestas planteadas por entidades de la comunidad económica internacional como la Comunidad Europea (CEE) y la UNCITRAL,⁷ así como por la legislación de países avanzados en el tema de la contratación electrónica.

Así por ejemplo, la Directiva del 6 de setiembre de 1999 de la Comunidad Europea sobre solución de conflictos en los contratos electrónicos determina que el contrato quedará celebrado en el lugar donde el destinatario del servicio haya recibido la notificación electrónica del prestador del servicio acusando recibo de su aceptación.

⁶ Citado por el profesor español Carlos Vatter Fuenzalida en su trabajo titulado *Sobre la formación del contrato en el Ambiente de Ley de Comercio Electrónico, en Comercio Electrónico*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

⁷ La UNCITRAL es una Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil.

La Ley Modelo de UNCITRAL para la contratación electrónica indica como el lugar de conclusión del contrato y por ende la aplicación de la ley y su jurisdicción, a aquel en el cual el destinatario tiene su sede principal independiente del lugar de instalación del sistema informático.

Por su parte, nuestro Código Civil de 1984 en su artículo 2095 indica 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. Si deben cumplirse en países distintos, dice este artículo, se rigen por la ley de la obligación principal y en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración del contrato electrónico, que dicho sea de paso de acuerdo con la ley peruana quedará determinado en el momento en que la aceptación llegue a la dirección del destinatario y el remitente tenga constancia del acuse de recibo.

Pero qué ocurre en el caso en que estos principios claramente determinados en nuestra ley peruana sean a su vez soluciones planteadas, como en efecto sucede, por la legislación nacional del otro contratante, produciéndose un conflicto de leyes y cuya solución tomaría mucho tiempo en conocerse debido a las diferentes teorías que existen en el derecho internacional privado. Es evidente que existe un problema por resolver y para ello se requiere una ley única de alcance multinacional.

Por todo ello, somos promotores de la necesidad de uniformizar la legislación de nuestros países empezando por aquellos en los cuales tenemos una legislación común e integradora como ocurren en el caso del Pacto Andino y por supuesto, alentar a la formación de tribunales internacionales especializados con sedes múltiples que permitan una rápida solución a los posibles conflictos. Por ejemplo, sería ideal contar con un tribunal andino encargado de los temas de la contratación electrónica.

Finalmente, somos conscientes de la velocidad con que avanza la tecnología, por lo que las legislaciones deben contener reglas generales que a manera de principios sean útiles para que los operadores del derecho solucionen los conflictos que esta moderna contratación está generando.