

1. Título de la ponencia: La aplicación de los principios generales de la contratación en el contrato celebrado a través de Internet, según la legislación peruana.
2. Autor: Pierre M. Horna. Abogado, graduado con Tesis, intitulada “La formación del contrato celebrado a través de medios electrónicos en el Perú” en la Universidad de Lima. Miembro de la Comunidad ALFA RED I, Ponente en el Primer Congreso Virtual sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico ECOMDER 2000. Expositor en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática con la ponencia titulada “Internet: Un nuevo Desafío para el Contrato Predispuesto”. Ha participado en la subcomisión para elaboración de la Ley de Firmas Digitales Peruana. Socio del Estudio Horna Abogados.
3. Area Temática propuesta: Tema del día 18 de octubre. Contratación electrónica
4. País de Procedencia: Perú
5. Correo Electrónico: pierre@estudiohorna.com.pe ;
pierre@aloe.ulima.edu.pe ; derechoinformatico@deamerica.net

RESUMEN DEL DOCUMENTO

Título del Trabajo: La aplicación de los principios generales de la contratación en el contrato celebrado a través de Internet, según la legislación peruana.

Autor: Pierre M. Horna

Institución: Universidad de Lima, Perú.

Correo Electrónico: pierre@estudiohorna.com.pe ;
pierre@aloe.ulima.edu.pe ; derechoinformatico@deamerica.net

Correo Postal: Calle Independencia 385 Miraflores. Lima 18 Perú.

Resumen:

El presente trabajo es un pequeño extracto de la investigación que actualmente realizo, el mismo que pretende confirmar que los llamados principios generales de la contratación son aplicables perfectamente al contrato celebrado por Internet, el cual lo consideramos finalmente un medio electrónico dentro de la gama de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Dejamos constancia asimismo, que muchos de ellos son recogidos por la doctrina mercantil internacional, así como también

es recogida por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de la Comisión Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1996, tan comentada por los expertos sobre la materia.

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO CELEBRADO A TRAVÉS DE INTERNET, SEGÚN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

Empezaremos a desarrollar este punto dando algunas referencias a los principios generales de la contratación y analizaremos cuál o cuáles de ellos, no se ven influenciados por la contratación celebrada a través de medios electrónicos en general.

En el Perú, los principios generales de la contratación están plenamente reconocidos, así tenemos en palabras del jurista peruano Arias Schreiber lo siguiente:

“...los dos principios básicos de la teoría clásica del contrato son: la libertad de las partes para celebrar contratos (...) y la fuerza obligatoria del contrato para dichas partes.”¹

En efecto, es sabido que la contratación privada reposa en cuatro principios, que son: el principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad, el principio general de la buena fe, la fuerza obligatoria y el efecto relativo del contrato². Sobre la base de estos principios debe descansar la legitimidad legal y social de toda la contratación privada.

En consecuencia, es deber del Estado garantizar la seguridad jurídica de las relaciones contractuales y abstenerse de intervenir, arbitrariamente, para modificar legislativa o judicialmente las relaciones contractuales celebradas válidamente entre las personas naturales o jurídicas. Esto puede encontrarse reflejado en uno de los principios de la contratación privada, el *pacta sunt servanda*. Según este principio, los pactos deben ser observados, es decir, los contratos deben cumplirse. En este sentido, el artículo 1361° del Código Civil de 1984, obliga el cumplimiento del contrato en cuanto se haya expresado en ellos,³ rige así el principio *Pacta sunt servanda*⁴.

¹ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Op. Cit. Pp. 29

² SOTO, Carlos Alberto “ La autonomía privada y la buena fe: fundamento de la fuerza obligatoria en el contrato” En : Trabajos On Line de Alterini. http://www.alterini.org/fr_tonline.htm

³ Sin embargo puede haber algunas discusiones respecto de aquellos actos que no han sido hechos por escrito, que no se corresponden con una contraprestación o con las que no tienen causa; y es objeto de discusión, asimismo, si una parte puede revocar su oferta antes de que haya sido aceptada o si la parte que no obtuvo el cumplimiento de lo estipulado en el contrato puede reclamar ese mismo cumplimiento o debe contentarse con una indemnización.

Entonces, sobre la base de la norma citada y del principio del *pacta sunt servanda*, debe entenderse que lo expresado en el contrato es el fiel reflejo de la intención y la voluntad de las partes, y por lo tanto, atendiendo a su autonomía privada como el poder de autorregulación de sus intereses, los contratantes no pueden negarse a cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato.

En realidad el carácter obligatorio del contrato emana de la ley, basta que la ley diga que el contrato es obligatorio para que lo sea.⁵ En consecuencia para que el contrato sea obligatorio, de acuerdo a la legislación peruana, las partes deben estar de acuerdo en todo lo estipulado, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 1359° del código civil en referencia.⁶

Se discute también si uno de los contratantes puede liberarse de sus obligaciones, ya sea porque la otra parte ha incumplido sus obligaciones, ya porque las propias han devenido excesivamente onerosas. Finalmente, cabe preguntarse si se puede obligar a las partes de un contrato a seguir un determinado comportamiento. ¿Tienen el deber de actuar de acuerdo con la buena fe y observar una conducta justa y equitativa al cumplir o pretender el cumplimiento de un contrato?. ¿Pueden los contratos o las cláusulas contractuales ser tan onerosos e injustos para una de las partes que le permitan no quedar obligada por ellos?.

⁴ En la mayoría de países europeos las partes quedan sujetas al cumplimiento de sus obligaciones contractuales aunque hayan devenido más onerosas. Esta regla, *pacta sunt servanda*, se modifica en caso de fuerza mayor, término con el que se hace referencia a aquellos eventos sobrevenientes que hacen el cumplimiento imposible o casi-imposible. En caso de fuerza mayor el obligado quedará excusado por su no cumplimiento. En Inglaterra el concepto que se corresponde con el de fuerza mayor es el de la falta de cumplimiento por *frustration*. En Francia el equivalente más próximo es el de *force majeure*, en España, el de fuerza mayor. Aunque las normas no son las mismas en los distintos sistemas legislativos, la mayoría de ellos presentan los siguientes rasgos característicos:

- ◇ El obligado queda liberado de su obligación si:
- ◇ El cumplimiento ha devenido imposible de hecho o de derecho. La mayoría de sistemas legislativos también aceptan la casi-imposibilidad cuando el cumplimiento, aunque posible, no pueda ser exigido. Además, se requiere que,
- ◇ El obligado no pudiera razonablemente tener en cuenta dicha imposibilidad en el momento de la conclusión del contrato; y que,
- ◇ La imposibilidad escapara al control del obligado, a quien se le presume un control de sí mismo, de sus empleados y de su equipo.

En la mayoría de sistemas legislativos, la fuerza mayor da por finalizado el contrato. No ha lugar a la modificación de las condiciones ni existe el deber de las partes de renegociar el contrato teniendo en cuenta dicha modificación. La regla de la fuerza mayor no es imperativa. Las partes pueden acordar condiciones más estrictas, por ejemplo, imponiendo una obligación absoluta a una de las partes, o más beneficiosas. Esto se hace normalmente en los contratos con condiciones generales.

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Op. Cit. Primera Parte. Tomo I. Pp.427.

⁶ Con respecto a ello, el art. 3.2 de los Principios del UNIDROIT. establece que el contrato se perfecciona si las partes tienen la intención de obligarse jurídicamente y han alcanzado un acuerdo suficiente sin necesidad de ulteriores requisitos. Tales palabras muestran que la forma escrita u otras formalidades no son necesarias en el contrato y también lo dispensan de la

Este principio, asimismo está expresamente establecido en el art. 1.3 de los Principios del UNIDROIT⁷. Decimos que, el fundamento de la obligatoriedad del contrato, según De la Puente, es la protección a una razonable seguridad jurídica que garantice que la relación jurídica creada por el contrato sólo podrá ser modificada por causas que, a criterio del mismo ordenamiento jurídico, realmente lo justifiquen.⁸

Sin perjuicio de los señalado anteriormente, existen instituciones jurídicas al interior del Código Civil que tienen por finalidad tutelar a la parte débil de la relación contractual, parte débil que no necesariamente tiene es el deudor, y que algún sector de la doctrina trató de identificarla con éste. Estas instituciones que buscan proteger a la parte débil frente al abuso del otro contratante, son la lesión, el principio del *favor debilis*, el abuso del derecho, entre otras. Igualmente, existen otras figuras jurídicas, como la teoría de la imprevisión y la excesiva onerosidad de la prestación, tendientes a equilibrar la relación jurídica contractual cuando hechos imprevisibles y extraordinarios han generado un desequilibrio entre las prestaciones de los contratantes, perjudicándose uno de ellos.

Por lo tanto, en el Derecho civil peruano, así como en el Derecho comparado, está permitida la revisión judicial de los contratos con la finalidad de salvaguardar los derechos de los contratantes perjudicados por los actos de contratantes deshonestos e inescrupulosos o por razones de fuerza mayor o caso fortuito.

Sin embargo, un sector de la doctrina peruana ha expresado en distintos eventos académicos, con algunos fundamentos económicos, la necesidad de que la autonomía privada de las personas no esté limitada y que el Estado no debe intervenir en las relaciones contractuales, por lo que el contrato no puede

existencia de causa y de contraprestación. Aunque obviamente existan actos que la forma sea consustancial al acto y en ese sentido habría una sujeción a la forma.

⁷ El deber de cumplir el contrato está implícito en el art. 1:102 de los PECL, que proclama la libertad contractual, y en otros artículos, como el art. 6:111 sobre la alteración de las circunstancias, que establece que una parte está obligada a cumplir su obligación aunque su cumplimiento devenga más oneroso

⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pp. 432. Por el otro lado, sabemos que un pacto sólo deviene contrato obligatorio si las partes han tenido la intención de obligarse jurídicamente. Por ejemplo el caso que se acepte una invitación a cenar, se trata sólo de una obligación moral, no legal. Además, las partes deben haber llegado a un acuerdo suficiente, sin que se requiera ninguna otra condición. Esto también parece ser un punto común de los ordenamientos jurídicos que provienen de las familia jurídica romana. es necesario deslindar si : ¿Queda una parte obligada por una vinculación informal? Aun cuando varios de los sistemas legislativos de origen románico requieren como condición para la validez de los contratos que se hagan por escrito; sin embargo en el Perú para ser propietario de un bien inmueble, el artículo 949° del Código Civil señala que el contrato de compraventa no precisa, para su conclusión , de la forma escrita y no está sujeto a ningún otro requisito de forma.

ser revisado judicialmente porque alguno de los contratantes dice que se encuentra lesionado por el contrato o circunstancias imprevisibles y extraordinarias han generado una alteración en las prestaciones de las partes contratantes. Para este sector, cuando las personas deciden contratar, lo hacen libremente y en base al principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad determinan también libremente el contenido de los contratos, encontrándose en la situación de poder prever las posibles contingencias ante un posible incumplimiento por cualquiera de ellas, incorporando al contrato, por ejemplo, cláusulas penales. Por todo ello, para este sector, figuras como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, la reducción de las cláusulas penales, la invalidez de cláusulas limitativas de responsabilidad o cláusulas abusivas, son incongruentes con el principio de la autonomía privada, pues perturban la seguridad jurídica y obstaculizan el tráfico patrimonial, debiendo, por lo tanto, eliminarse del ordenamiento jurídico.

Claro está que frente a estos principios, tenemos la limitación de que las partes puedan efectivamente determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Por tanto la libertad contractual o de configuración interna se encuentra limitada por las normas imperativas y de orden público y a tenor de lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, por las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres⁹.

Pese a lo dicho no es nuestra intención profundizar estos aspectos relacionados básicamente al aspecto denominado "Dirigismo contractual"¹⁰.

⁹ CARDENAS QUIROS, Carlos. "La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú". En Contratación Contemporánea. Op. Cit.pp. 259.

¹⁰ El Dirigismo Contractual consiste básicamente lo siguiente: la Constitución peruana ha dispuesto en el inciso 14) de su artículo 2º, que todas las personas tienen derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, pudiendo, en virtud de la libertad contractual contemplada en el artículo 1354º del Código Civil, determinar libremente el contenido del contrato sobre la base de la autonomía privada. Por su parte, el Código Civil, en el artículo 1356º, establece que las normas legales son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, en cuyo caso se incorporan automáticamente al contrato.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1355 del Código Civil, el Estado, mediante el legislador, por consideraciones de interés social, público o ético, podía imponer reglas o limitaciones al contenido de los contratos; empero, con la dación de la Constitución Política en 1993, este precepto se encuentra derogado tácitamente por su artículo 62º, que consagra el principio de la inmutabilidad del contrato, por lo que el doctor Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE ha señalado que existiendo una clara contradicción entre la Constitución Política y el Código Civil, debe derogarse el artículo 1355º (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Contratos en general*. En: "El Código Civil del Siglo XXI. (Perú y Argentina)", coordinada por MUÑIZ ZICHES, Jorge; ALTERINI, Atilio Aníbal y SOTO, Carlos Alberto, Lima, Ediciones Jurídicas, 2000, Tomo I, p. 755.)

- a. En relación a la exigibilidad de forma, decimos que en virtud al principio de libertad de forma consagrado por la legislación peruana y por la mayoría de legislaciones, los actos que efectivamente emanen de una contratación celebrada a través de medios electrónicos no traiga influencia alguna en la formación del vínculo contractual, precisamente por los siguientes fundamentos:
- i. Sintetizando lo expuesto en el anterior capítulo de nuestra investigación decimos que al modificarse el artículo 141° por la Ley N.° 27291, al margen de sustentar los problemas de concepto y definición en materia de acto jurídico en el código civil peruano, decimos que la esencia de la manifestación de voluntad es la “ forma”. En consecuencia, es innecesario la diferenciación que existe entre “forma” y “medio”, por lo que consideramos que las modificaciones efectuadas al respecto no eran imprescindibles.
 - ii. La formalidad es una cuestión distinta, así desprendemos del análisis efectuado, que la formalidad ad probationem viene a ser el soporte material, que en el caso de la contratación celebrada a través de medios electrónicos sería el certificado digital plenamente reconocido por la legislación peruana.
- b. Con respecto a uno de los principales principios generales de la contratación tenemos a la buena fe, previsto también en el ordenamiento positivo peruano, en el artículo 1362° del código civil, el mismo que establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

En realidad realidad este principio más que apelar a su concepción jurídica o tenemos una cuestión de orden filosófico: *Emmanuel Kant* estableció un imperativo categórico. Se debe actuar de manera que el comportamiento de las personas se rija como si cada uno fuera legislador en una sociedad de hombres razonables que obedecen normas comunes. Expresado en términos comunes se debe actuar con los demás como se quiere que los demás actúen con uno.¹¹

¿Debe esta obligación moral ser elevada a un deber jurídico de actuar de acuerdo con la buena fe y de forma justa?.¹²

¹¹ GOODE, R.: Commercial Law, 2.ª ed., 1995; "The Concept of «Good Faith» in English Law" (Centro di studi e ricerche di diritto comparato e staniero, diretto da M.J. Bonell, Saggi Conferenze e Seminari), Roma, 1992.

¹² En Europa existen importantes diferencias respecto a la consideración de la buena fe como principio legal. Ello se aprecia claramente si se comparan los Derechos alemán con el sistema del *common law*. El §242 del Código Civil alemán establece que el sujeto obligado debe cumplir su deber de acuerdo con los dictados de la buena fe y de un comportamiento justo

En realidad este principio, totalmente aplicable para la contratación celebrada a través de medios electrónicos, ciertamente ha actuado como una «*superprevisión*», utilizada para cambiar otras previsiones estatutarias y para modificar el riguroso individualismo del originario Derecho contractual del Código Civil. Se ha usado como mecanismo para adaptar el Derecho a las cambiantes actitudes sociales y morales de la sociedad.

En efecto, este principio ha actuado en muchos campos del Derecho; rige para la interpretación de los contratos y libera a las partes del cumplimiento de sus obligaciones en supuestos de alteración de las circunstancias. El artículo 148º del Código Civil Peruano lo señala claramente uno de los criterios más importantes para la interpretación del acto jurídico. En igual forma se protege la buena fe en el artículo 907 en donde se puede apreciar que se mantiene la buena fe hasta la alteración de alguna circunstancia. Enseguida, durante la revisión total del código civil peruano se puede apreciar una inmensa cantidad de artículos que protegen el principio de la buena fe.

Y es que una obligación moral ha sido pues juridizada, siendo el término de «Buena fe» el tener presente la honestidad y la justicia. Resulta contrario a la buena fe el ejercicio de un remedio cuando no reporta ningún beneficio a la parte perjudicada, quien lo hace sólo para dañar a la otra parte. «Conducta justa» implica la observancia de la justicia de hecho, que constituye una prueba objetiva. Consiste, por ejemplo, en el deber de mostrar el respeto debido a los intereses de la otra parte.

La buena fe se presume. La parte interesada debe probar ante los tribunales que la contraria ha dejado de observar una conducta justa y de buena fe. En determinadas ocasiones puede provocar un conflicto entre Derecho y equidad. Una Ley o cláusula contractual, normalmente válidas, son susceptibles de producir un resultado no equitativo. Pero dar siempre prioridad a la equidad tiene el peligro de crear una jurisprudencia indirecta.

Sin embargo, es imposible ofrecer directrices generales acerca de cuándo los tribunales deberían dejar prevalecer la ley. Ello dependerá, entre otros extremos, de hasta qué punto la seguridad jurídica y la previsibilidad resultarán perjudicadas si la buena fe prevalece. Así, el estricto cumplimiento de los términos del contrato puede devenir esencial si el obligado conoce que los empleados de la otra parte, a quienes se ha confiado el control del cumplimiento de la obligación, son

teniendo en cuenta las prácticas comerciales. Tal artículo se ha visto como el «rey» del Código Civil. Se ha utilizado para proveer una moralización de todo el Derecho alemán. (Véase ENNECCERUS, Ludwig y otros. Apéndice Código Civil Alemán.)

capaces de apreciar si existe cumplimiento o no, pero no pueden juzgar la gravedad del incumplimiento.

- c. Finalmente en el caso del contrato predisposto en la red de redes, ya con la moderna producción en masa había traído consigo los contratos de adhesión. Las cláusulas contractuales estandarizadas hacen la negociación individual innecesaria y reducen los costes de transacción. Están confeccionadas para el específico contrato, resultando así más adecuadas que los términos implícitos establecidos por la ley. Pero las condiciones generales tienden a ser unilaterales; la parte que las establece (en adelante, predisponente), que es, a menudo, el vendedor de bienes y servicios, impondrá sus condiciones a la otra parte (adherente) y le hará soportar todos los riesgos relacionados con la transacción. El contrato prevé, por ejemplo, que el predisponente no quede sujeto por las promesas o declaraciones que él o su agente hayan hecho durante la negociación precontractual, a menos que hayan sido redactadas por escrito y lleven su firma. O se dice que entre la conclusión del contrato y el suministro el predisponente puede aumentar el precio, o que el adherente permanece sujeto por el contrato, mientras que el predisponente puede posponer su cumplimiento más allá del tiempo acordado, modificar dicho cumplimiento o, simplemente, cancelarlo. En caso de incumplimiento por parte del predisponente, existen cláusulas de exención que excluyen su responsabilidad o niegan o limitan el derecho del adherente de dar por terminado el contrato. Hay cláusulas que imponen severas sanciones al adherente cuando deja de cumplir con sus deberes contractuales.

El consumidor es el prototipo de parte débil contractual; él o ella no es, a menudo, capaz de entender las condiciones generales escritas. Por ello o porque simplemente es descuidado, no las lee y, si lo hace, no se preocupa. Cree que el predisponente cumplirá su promesa, que hará una buena y adecuada propuesta a tiempo y que cumplirá el contrato como debe. Pero incluso si desea que las condiciones se modifiquen en su favor, no puede. El predisponente no lo permitirá. Si el consumidor acude entonces a otro suministrador, se encontrará con condiciones similares. Por esta razón muchas de las leyes modernas dan protección especial a la parte débil de los contratos de adhesión.

Después de haber analizado en forma detallada los principios generales de contratación hemos dejado únicamente uno, debido a que este principio ya ha sido analizado líneas arriba cuando justificamos la relación existente entre el Derecho y la Informática. Pues bien dadas estas aproximaciones acerca de la viabilidad de la teoría general del contrato, se requiere esta complementación:

“La posibilidad de la contratación celebrada a través de medios electrónicos en el Perú se encuentra satisfecha por la legislación

sustantiva civil y con las modificaciones realizadas el pasado junio de 2000 así como la legislación especial sobre Firma y Certificado Digital¹³ que garantiza en primera y definitiva instancia la seguridad jurídica en las redes abiertas como el Internet”

NUESTRA POSICIÓN

Cuando nos referimos al alcance normativo que tiene esta contratación sostenemos dos hipótesis, las cuales resuelven el problema fácilmente, concluyéndose de la siguiente forma: La contratación celebrada a través de medios electrónicos tiene un alcance normativo a través del artículo 1374° modificado por la Ley N.º 27291. En consecuencia sería una contratación entre ausentes con la salvedad de realizar el denominado acuse de recibo.

En efecto, siendo la principal característica del tipo de contratación estudiado, la ausencia de las partes, sin embargo ésta ausencia no es en términos absolutos debido a que el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede llegar a ser muy reducido, por tanto la hace más parecida a una contratación entre presentes, llegando, consecuentemente a un punto intermedio ya mencionado anteriormente configurarse “una contratación entre ausentes pero en tiempo real”.

En efecto, el Código Civil Peruano fue modificado por la Ley N.º 27291 en lo que concierne al artículo 141° y al artículo 1374°. Además fue adicionado el artículo 141°. A continuación presentamos cual es nuestra propuesta a partir de estas modificaciones:

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 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 141A.- 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.

¹³ En este apartado nos referiremos concretamente a la implementación de la Firma Digital en el Perú.

Artículo 1374.- Sistema del 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 éste 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 (El subrayado es nuestro)

Ya analizado el artículo 1373 así como el artículo 1374 del Código Civil modificado debemos entender que el contrato se puede celebrar válidamente por medios electrónicos *cuando el aceptante de la oferta reciba el acuse de recibo de su aceptación por parte del oferente*

En consecuencia este tipo de contrato se distancia de las teorías de los momentos por lo que pasan las declaraciones de voluntad del aceptante que conforman la contratación bajo comunicación no inmediata, esto debido a la reforma legislativa (Ley N.º 27291) y la naturaleza del medio empleado asemejando la contratación por medios electrónicos a la contratación entre presentes, sin embargo ya nos referimos en este punto con respecto a la forma como el legislador impone una tecnología determinada y que como es natural ya esta conclusión del contrato no depende de un hecho netamente humano sino técnico. Ahora lo vertido anteriormente respecto a la legislación especial es concretamente viable sin embargo somos de la posición de respetar la teoría general del contrato ajustándola a determinadas circunstancias. En otras palabras aún cuando lo óptimo es promulgar una legislación aplicable especial a la contratación celebrada a través de medios electrónicos, no queremos en esta vez estar a la vanguardia ya que la misma realidad nos enseñará cual es el camino correcto: La Regulación o autorregulación.

Somos partidarios de una regulación mediatizada precisamente por los argumentos vertidos en el párrafo precedente y también porque consideramos de suma importante en este tipo de contratación el comportamiento de los agentes económicos ya que ya con la experiencia de la legislación sobre firmas y certificados digitales debemos pensar en forma detenida la factibilidad de una legislación especial que ayude a la vigencia de la Teoría General del Contrato descrita en la doctrina y legislación peruana.

En cuanto a la formación del consentimiento dentro del Código Civil Peruano y aunque la Legislación Peruana recientemente modificada no ha querido hacer distinciones, creemos pertinente dividir nuestro planteamiento en dos escenarios, esto es, en el campo de las relaciones B2B, entre empresas, o dos personas naturales en donde no haya una situación desigual, refiriéndonos al

tema de la Firma Digital¹⁴ y por el otro lado las Relaciones B2C, en donde más que la norma jurídica peruana, la misma práctica mundial ha estado en la vanguardia con los medios de pago electrónico y utilizando protocolos de seguridad Tipo SET; SSL, Finalmente en el tema de la formación del consentimiento y básicamente con los problemas que hemos identificado en el capítulo III de nuestra investigación sostenemos lo siguiente:

1. La Formación del consentimiento celebrado a través de medios electrónicos dentro del Contrato Paritario (Relaciones B2B)

Previamente aclaramos que en lo que se refiere al consentimiento, como medio de manifestación del acto jurídico y en especial el contrato como su especie, a pesar de sus reformas arriba señaladas, en las que se legisla la manera de manifestar el consentimiento o rechazo de una oferta, o valor como prueba en un procedimiento por medios electrónicos o cualquier otra tecnología, como puede ser el uso del fax, desde mi punto de vista las modificaciones al Código Civil Peruano son insuficientes, principalmente por los siguientes fundamentos:

1.1. En el Libro de Acto Jurídico

En primer lugar consideramos necesario no solamente modificar el artículo 141, sino también el artículo 140 en cuanto a la capacidad del agente para realizar determinados actos jurídicos. Y obviamente en el tema de la identificación del usuario en Internet o en correos electrónicos es ciertamente un presupuesto fáctico que debe tener un reflejo jurídico. En este caso el tema de la capacidad del agente está garantizado por una de las funciones de la Firma Electrónica o su sub categoría que es la llamada Firma Digital. El tema es que en este artículo no se menciona la remisión a la legislación específica en la materia, sin embargo consideramos que siendo el código civil una norma general es que tal vez por esa razón no se debería dejar constancia de tal remisión. Sin embargo en ese sentido ya con la remisión tácita dejar en claro que cada uno de los artículos del libro de acto jurídico no deberían mostrar ningún tipo de contradicciones para aplicar en todo caso la Ley de Firmas y Certificados Digitales. En consecuencia por lo antes mencionado en el presente capítulo nos adherimos a la formulación de un reglamento que efectivamente pueda desarrollar en forma satisfactoria la razón de ser de una Ley y resolver los problemas que surjan.

3.1.2. En el Libro de Fuentes de las Obligaciones, la parte pertinente al contrato paritario

A) Forma de hacer el contrato.

Para que tengan validez los contratos no es indispensable que se deban

¹⁴ Aunque obviamente puede presentarse perfectamente en las relaciones B2C el supuesto en el cual se contrate utilizando la normatividad vigente sobre Firmas y Certificados Digitales.

celebrar por escrito, por ejemplo en el caso de la compraventa de algún producto en una tienda de autoservicio, es suficiente el acuerdo de voluntades para que el contrato este perfeccionado. Un forma más por el que se pueden realizar los contratos es el fax, que es un medio electrónico, mecánico y digital, modo por el cual es muy común su utilización en el medio empresarial, su validez ha sido cuestionado en varias ocasiones, pues como todos sabemos, el fax imprime una copia fotostática y su aceptación quedará al criterio del juez en un procedimiento, es muy importante que las partes al iniciar el contrato se pongan de acuerdo sobre su utilización, además es recomendable que al enviar un fax se pida un recibo, y en un momento posterior sea requerido el documento original.

Además de este medio existen los medios electrónicos, como por ejemplo la celebración de un contrato vía Internet.

B) Con respecto a la afirmación de las fases de la contratación celebrada por medios electrónicos, es conveniente plantear la siguiente interrogante ¿Es recomendable que todas las empresas elaboren por escrito sus contratos o los puedan llevar a cabo por medios electrónicos o por cualquier otra tecnología, observando una aceptación respecto del programa que va a ser medio de transmisión de la voluntad contractual?

No, necesariamente, ya que los contratos que realizan las empresas muchas veces los hacen verbalmente, situación que se torna peligrosa. Algunas veces el mejor contrato sale sobrando, porque las partes tienen buena fe al contratar entre ellos, pero por desgracia no siempre es así.

En la actualidad los contratos se pueden hacer por fax y es importante que se presenten posteriormente los documentos originales, como ya lo mencionamos, o por cualquier otro medio electrónico o tecnológico, pero considero conveniente que las condiciones y los acuerdos que tengan con sus clientes sean lo más claro posible así los negocios llegarán a su fin de manera satisfactoria para ambas partes. De otro modo las palabras o acuerdos verbales no serán los mejores medios para una buena contratación.

Todo contratante busca un mayor beneficio y así, si la otra parte olvida algo, él será el primero en aprovechar ese olvido, para obtener una ganancia muchas veces injusta.

c) Autonomía de la voluntad de los contratantes.

Las partes siempre han tenido libertad para discutir las cláusulas y condiciones de los contratos, pero a medida que el comerciante exige un mayor número de condiciones al particular, el legislador se ve en la necesidad de protegerlo a través de distintas leyes e instituciones, buscando un equilibrio en las condiciones del contrato.

La autonomía de la voluntad en los contratos tiene sus límites, pues las partes son libres para contratar pero no pueden ir en contra de una ley de orden público o de las buenas costumbres. Ahora en la libertad de llevar a cabo los contratos por medios electrónicos está controlada en nuestro ordenamiento positivo debido precisamente a la legislación que modifica y adiciona el artículo 141° del Código Civil

En general por medios electrónicos, no se acostumbra llevar a cabo el contrato de manera estructurada, es decir, que contenga un preámbulo, declaraciones, cláusulas y aceptación; salvo evidentemente que opere las llamadas fases de la contratación descritas con lucidez en el capítulo III de esta investigación, caso contrario, ésta se da en una manera, muchas veces simple, es decir informal. Por lo mismo no se plasman las declaraciones y cláusulas con exactitud, en caso de algún conflicto o interpretación estaremos lo que establecen los ordenamientos respectivos en lo que se refiere a contratos, código civil, código de comercio. En consecuencia podría entonces terminar esta contratación siendo poco importante y eso tal vez no sea la razón de ser de esta contratación.

d. Dentro del tema de la contratación entre ausentes y la contratación entre presentes, decimos que en general, el consentimiento en un contrato se puede dar entre presentes y en este caso se perfeccionará con el acuerdo de voluntades; también se puede dar entre ausentes, como por ejemplo la oferta que se hace a través de correspondencia y a partir de que el destinatario recibe la oferta, ésta surte efectos, pero como ya se dijo, es recomendable que se de “acuse de recibo”, entendido como la forma por la cual el oferente conozca o por lo menos con razonable diligencia conozca de la declaración afirmativa del destinatario. Pues bien lo mismo debe suceder en la contratación celebrada a través de medios electrónicos.

1.2. La Contratación celebrada a través de medios electrónicos en el Contrato Predispuesto (Relaciones B2C)

En primer término, el contrato por Internet es, valga la redundancia, un contrato, según la definición establecida en el Art. 1351 de nuestro Código Civil, por lo tanto por lo menos le son aplicables las reglas del mismo en lo que concierne a capacidad de las partes, consentimiento, objeto, causa y forma. De este modo, dos personas que contratan vía Internet, deberán reunir los requisitos de capacidad exigidos por el Art. 140 del C.C. con las prohibiciones, respetándose todas las situaciones previstas por la legislación civil..

Precisamente, se define al contrato como la manifestación de la voluntad común entre dos o más personas respecto a los derechos y obligaciones que asisten a cada una de las mismas. Al generarse derechos, también se contraen obligaciones, y para ello es primordial que las partes reúnan la capacidad necesaria a los efectos de obligarse.

En cuanto al objeto de los contratos por Internet, debemos ajustarnos a las reglas del objeto de los contratos en general, vale decir, que debemos estar a lo dispuesto por nuestro Código Civil por cuanto éste debe ser posible, determinado, existir al momento de la celebración y resultar acorde a las reglas de la moral y de las buenas costumbres.

Ahora bien respecto de la manifestación de la voluntad de los contratantes, juegan al respecto, los elementos que la conforman, vale decir, que la persona deberá expresar su consentimiento, para que el acto resulte válido, con discernimiento, intención y libertad. Es en este término que el papel de la seguridad debe estar garantizado de alguna manera, por ello es importante tener en cuenta lo siguiente: La Relación estrecha entre la Informática y el Derecho. Luego, la Informática dotará de cierta técnica para que asegure los elementos básicos para contratar en cualquier situación. Es así que se plantea la cuestión de la seguridad y confianza del consumidor.

En efecto, ésta cuestión de la seguridad en las transacciones comerciales por Internet depende directamente desarrollar es la seguridad de las transacciones por Internet. Así, los consumidores deben confiar en que sus datos personales no sean divulgados a través de la red ni utilizados para fines ilícitos o bien, modificados o alterados sustancialmente.¹⁵

Toda transacción comercial exige el llenado de formularios tipo, el suministro de números de tarjeta de crédito y su clave de seguridad, número de documento de identidad, de teléfono, domicilio particular, del mismo modo en

¹⁵ Dentro del ámbito constitucional, la privacidad de los datos personales estaría garantizada, y es que la garantía constitucional denominada Hábeas Data prevista en el artículo 200 inc. 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2 en sus incisos 5, 6 y 7 de la Constitución”.

Se reconoce el derecho de todo ciudadano a solicitar información de cualquier entidad pública, sin expresión de causa salvo que afecte la vida privada de las personas o por seguridad nacional.

Adicionalmente el Artículo 2: Toda persona tiene derecho: (...) 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Dentro de esta consolidación de derechos fundamentales puede observarse que las personas no pueden oponerse a la creación del banco de datos, pero si pedir información, su rectificación o que no entregue información que afecte la intimidad . En general en el Perú se ha reconocido el derecho a la intimidad en las Constituciones de 1979 y 1993, así como el Código Penal de 1991; pero al contrario de otros países, la doctrina nacional aún es incipiente. En todo caso, el estado actual de la doctrina es de entender a la intimidad como un derecho a no revelar a los demás determinados aspectos de sus relaciones con otras personas, haciendo uso de la autodeterminación informativa; la información objeto de mayor reserva ha sido considerada por la doctrina como datos sensibles. (Mayor información véase MENDOZA LUNA, Amilcar “Perú: Los Cookies: ¿amenaza a la privacidad de información en la internet?.” En Revista Electrónica de Derecho e Informático. www.derecho.org/redi)

que sucede con la contratación entre presentes. No obstante ello, resulta mucho más factible que en el ámbito electrónico se puedan interceptar aquellos datos consignados en oportunidad de la adquisición de algún producto o servicio, por el accionar de personas que acceden fácilmente a bases de datos almacenados en las páginas web de las empresas a las cuales se recurre para la realización de una compra.

Ello resulta una verdadera amenaza a nuestro derecho a la privacidad tan bien protegido por nuestra Constitución Política del Estado y las normas del Derecho Civil, pudiéndose citar como ejemplo la circunstancia de cuando recibimos publicidad u ofrecimiento de productos o servicios que jamás fueron requeridos, simplemente por razones de marketing.

Debemos mencionar, asimismo durante la celebración de un contrato por medio electrónico pueden surgir conflictos entre las partes, y presentarse dudas respecto a la aplicación territorial de las normas tendientes a su resolución, en caso de tratarse de contratantes de distintos países. El carácter "Virtual" y "global" de las operaciones comerciales genera este tipo de incertidumbre que debería resolverse mediante la sanción de una normativa internacional adecuada. En tal sentido, es dable destacar que la Organización Mundial del Comercio se halla abocada al estudio de la temática relativa al Comercio Electrónico internacional, atento la nueva modalidad que se ha implementado en la entrega de productos y suministro de servicios como así también en la forma de pago vía Internet.

La aparición de nuevos mecanismos tecnológicos tendientes a la celebración de negocios jurídicos amerita la constante actualización del derecho a tal circunstancia. Bien sabemos que el Derecho es dinámico y que es el resultado de la costumbre de los pueblos. De ese modo, resulta imprescindible la sanción de normas regulatorias de esta nueva subespecie de contratos: Los contratos electrónicos, cuya base normativa si bien está dada por el Código Civil vigente, requiere de la regulación de algunas cuestiones tales como las expuestas, en especial en lo que respecta a la seguridad de las transacciones y a la resolución alternativa de conflictos interjurisdiccionales suscitados con motivo de su celebración.

Finalmente como punto de partida para capitular este asunto de la Tecnología y el Derecho, debemos decir en primer término:

Que, cuando más avanzamos en Tecnología, menos diversidad tenemos, y es que por ejemplo los datos comerciales, genéticos, etc producto de la masificación ; nos diversifican y en consecuencia en la sociedad vamos a estar hipercontrolados, más programados heterónomamente, sin darnos cuenta cada vez nos sucede con mas frecuencia. Así a su turno las marcas que nos atraen son las mismas, ya que producto de la Globalización todos estos productos son conocidos universalmente, y gradualmente somos llevados a una publicidad agresiva global. El nacimiento de una sociedad hipervigilada

sería evidente. Y como es natural la privacidad en la vida diaria y el derecho a decidir las cosas más simples en la vida sería bastante escaso.

Por ello, la estructuración empresarial en Internet en las relaciones de consumo se hace evidente. En efecto, cuando abrimos una página web, vemos una red de empresas que ofrecen servicios contratados y subcontratados, vemos una multiplicidad de sujetos contratantes, es decir una pluralidad subjetiva. Surge entonces un inconveniente: que si el contrato solo tiene efecto entre las partes; entonces sería algo difícil determinar con quien se está celebrando el contrato, ya que en las páginas web hay varios contratantes, y frente al incumplimiento de una de las partes no tendríamos eventualmente acción de acuerdo a este principio relativo (*pacta sunt servanta*).

En efecto en Internet no hay productos únicos: Se producen en multitud de formas, que son producidos por varios proveedores. Módulos que se van integrando. Por ello podemos sostener en alguna forma que sucedería con el efecto relativo de los contratos, ya que este principio atendería únicamente a las partes que celebraron tal acto. Evidentemente este es otro punto de partida para la libre investigación jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, este inconveniente se vería resuelto con la dación de una normatividad especial que regule el contrato celebrado a través de medios electrónicos y consecuentemente regule los contratos que se celebran en Internet, ya que este medio es sin duda alguna un medio electrónico.

Y para el lado del consumidor, la contratación por medios electrónicos en base a la apariencia jurídica y el consentimiento en base a la confianza, sería la solución más plausible. Y es que el derecho en la actualidad, viene cambiando. Por ejemplo si reflexionamos por un momento, tenemos:

La confianza: El elemento en cuestión juega un papel importante dentro de la compra de un boleto de avión. Ya que sencillamente el consumidor frecuentemente no revisa las condiciones generales de contratación de transporte aéreo, confía en la marca y trayectoria de la aerolínea. La Información, en consecuencia esta en relación con la confianza que verifica el consumidor. Así, cuando contratamos en Internet, el consumidor esta simplificando, esta confiando. El oferente crea la apariencia jurídica, la crea con marcas, patentes, etc. Esta es finalmente la oferta contractual.

Y el consumidor confía, por tanto si es razonable esa confianza el consumidor no será negligente. Aceptación sería la confianza. Es así que hay un cambio importante en la concepción jurídica de la confianza y en definitiva la necesidad de proteger el consumidor es manifiesta.¹⁶

¹⁶ Tradicionalmente el Derecho se ha inspirado en determinados principios en la contratación de acuerdo a lo que presenta la Sociedad, el principio *Favor Debitoris*, norma de protección de las partes débiles en una contratación. Normas de protección del derecho. Por el mero acto de mercado, de consumir, los consumidores tienen derecho a una norma protectora. Ahora el

consumidor de Internet esta más débil que otros. Internet no tiene un trato familiar, es distante. La necesidad es importante de sostener Internet. Es posible la defensa del consumidor en Internet ya que la utopía sería ese sentido. El derecho tiene una labor importante, un rol equilibrante.