

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. *Fundada en 1551*

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

Sistema de contratación por medios electrónicos: manifestación de la voluntad y perfeccionamiento contractual

TESIS Para optar el Grado Académico de: **MAGÍSTER EN DERECHO** con mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR:

CARLOS EDUARDO ARMAS MORALES

LIMA – PERÚ 2002

..	1
INTRODUCCIÓN .	3
CAPÍTULO I. LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN UNA SOCIEDAD <<TECNOGLOBALIZADA>> .	9
1.1.-VISIÓN GENERAL .	9
CAPÍTULO II. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y EL ENTORNO ELECTRÓNICO .	15
2.1.- LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL . .	15
2.1.2.-LA FORMA DE EXTERIORIZAR LA VOLUNTAD Y LA FORMALIDAD. .	19
2.1.3.-OTRAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD .	27
2.2.-EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO .	29
2.2.1.-LA OFERTA .	31
2.2.2.- LA ACEPTACIÓN .	39
2.3.- EL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL .	42
2.3.1.- MOMENTO DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL . .	46
2.3.2.- LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL . .	47
CAPÍTULO III. SISTEMA DE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS .	49
3.1.- ELEMENTOS PECULIARES .	49
3.1.1.- DEL TRANSMISOR Y LA EMISIÓN DE LA OFERTA .	50
3.1.2.- DEL RECEPTOR-DESTINATARIO Y LA ACEPTACION DE LA OFERTA .	55
3.1.3.-EL MEDIO DE TRANSPORTACIÓN DEL MENSAJE CONTRACTUAL . .	58
3.2.- LAS TIPOLOGIAS DE FORMACIÓN CONTRACTUAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS .	59
3.2.1.-POR EL GRADO DE “INTELIGENCIA ARTIFICIAL” DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS .	60
3.2.2.- POR LA INMEDIATEZ DEL DIALOGO CONTRACTUAL . .	62
3.2.3.- POR LA LIBERTAD DE FORMA . .	65
3.3.- EL SISTEMA TECNOLÓGICO DE DIALOGO CONTRACTUAL .	67
3.3.1.- LA PROBLEMÁTICA TECNOLÓGICA DE LA CALIDAD DEL DIALOGO	67

CONTRACTUAL . .	
3.3.2.- SOLUCIONES TECNOLÓGICAS .	69
3.3.3.- MANTENIMIENTO FISICO DE LOS EQUIPOS Y SISTEMAS .	74
3.4.- EL SISTEMA HUMANO EN LA FORMACIÓN CONTRACTUAL .	74
3.4.1.- LA PROBLEMÁTICA HUMANA RELATIVO DE LA AUTENTICACION Y CAPACIDAD DE LAS PARTES .	74
3.4.2.- LA PROBLEMÁTICA HUMANA DEL DIALOGO CONTRACTUAL Y LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD PME . .	76
3.5.- EL LUGAR (ESPACIO) Y EL MOMENTO(TIEMPO) DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL PME .	83
3.5.1.- DEL LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL . .	84
3.5.2.- DEL MOMENTO DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL . .	90
3.6.- EVALUACION CONCLUSIVA .	93
CAPÍTULO IV. NORMATIVA JURÍDICA INTERNACIONAL, PROYECTO Y PROPUESTA DE LEY PERUANA DE CPME .	101
4.1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS .	101
4.1.1. LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE COMERCIO ELECTRONICO .	103
4.1.2.-LA LEY COLOMBIANA SOBRE MENSAJES DE DATOS, COMERCIO ELECTRÓNICO Y FIRMA DIGITAL .	109
4.1.3.-ANTEPROYECTOS DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO DE ESPAÑA .	110
4.1.4.-LA LEY DEL ESTADO DE UTAH SOBRE LA FIRMA DIGITAL .	113
4.1.5.-LA LEY REGLAMENTARIA DE FIRMA DIGITAL DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA (1996) .	113
4.1.6.-LA LEY ESPAÑOLA SOBRE FIRMA ELECTRONICA .	113
4.1.7.-OTRAS NORMATIVAS Y LEYES DE ORGANIZACIONES Y PAISES . .	114
4.2.- DEL PROYECTO DE LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROPUESTA DE LA REGULACIÓN DE CPME EN EL PERU .	117
4.2.1.-ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL PROYECTO DE LEY . .	117
4.2.2.-EVALUACIÓN GENERAL .	119
4.2.3.-LINEAMIENTOS Y PROPUESTA DE ARTICULACIÓN BASE (PAB) PARA NORMAR LA CONTRATACIÓN PME. . .	120
CONCLUSIONES FINALES .	127

TÉRMINOS Y ACRÓNIMOS USADAS .	131
BIBLIOGRAFÍA .	137
LIBROS ..	137
ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES EN CONFERENCIAS, CONGRESOS, COMPENDIOS, ENCICLOPEDIAS .	140
REVISTAS Y DIARIOS ..	144
ANEXOS .	145
APENDICES .	148

DEDICATORIA: Definitivamente para Adela y Manuel

INTRODUCCIÓN

Estamos transitando hacia una cultura basada en la automatización de la información, pues “En estos últimos años asistimos a una rápida y constante aparición de nuevas tecnologías en el campo de la información” (Fernández 1996: 5), las cuales tienen su sustento en las tecnologías telemáticas y el avance arrogante de la microelectrónica, que se traducen en productos y servicios, las cuales se convierten en asistentes ineludibles de los actos de la vida del hombre ya sea para relacionarse socialmente o concretamente para coadyuvar la realización de los diversos actos cotidianos, que asimismo importa formas novedosas de estudiar, trabajar, jugar así como también pagar, contratar, negociar etc. que nos inspiran la necesidad de revisar las formas tradicionales de realizar estos actos versus los cambios producidos por los impactos de las tecnologías electrónicas y telemáticas (Internet), y específicamente en lo relacionado con la contratación, y concretamente más allá del simple contrato oral o escrito, se apunta a la revisión de los contratos que tengan que ver con el uso de estas tecnologías como medios o auxilios de la realización contractual; así como también los cambios que importa el uso del papel escrito (soporte físico) que contiene el contrato y su correlativa firma ológrafa o manuscrita, a los soportes de tipo magnético, digital u óptico y las correlativas firmas electrónicas / digitales, basado en una serie de señales digitales, rutinas o programas numéricos, que aspiran dar mayor seguridad y confianza, lo que significa el rompimiento con la tradición arraigada del reinado del papel y la firma manuscrita.

Por otro lado los servicios telemáticos evolucionan de prisa y transforman los comercios y por supuesto las operaciones, transacciones o negocios ofreciendo medios cada vez más sofisticados en la gestión de estos, los cuales involucran, sustentando en lo

anterior, la renovación de la forma de contratar, teniendo en cuenta además que estamos inmersos en una economía mundializada gravitante por la internacionalización de los mercados y la <<tecnoglobalización>> de las telecomunicaciones que de una u otra manera apuntan a la “telemática y la mundialización...como fuerzas fundamentales” (Saskia Sassen 1997), lo que hace inexorable y conveniente revisar la actual normatividad contractual a fin de subsanar, siendo el caso, las grietas que han abierto estos avances tecnológicos inherente al sistema de contratación por medios electrónicos que a la postre, es la motivación fundamental que inspiran el presente trabajo de investigación jurídica.

Ahora bien, apuntando a lo que expresa Vattier sobre la problemática que enfrenta la contratación por medios electrónicos, “que si bien plantean problemas jurídicos inéditos... encuentra soluciones por la vía analógica en el Código Civil y en el Código de Comercio” (Vattier 2001), a lo cual debemos añadir otras normas de diversos sectores teniendo en cuenta la analogía como método de integración en la legislación civil, de tal manera que no encontrando una solución a un hecho o hechos determinados y en ausencia de normatividad, se deba aplicar la legislación correlativa. Sin embargo ello no es compartido por otros tratadistas como Lorenzetti, el cual analizando los impactos de estas tecnologías en el derecho, sostiene que “Estos fenómenos alteran sustancialmente el presupuesto de hecho al que se refiere la norma jurídica”, lo que obliga mas bien a una reflexión seria bajo la mira de tomar diversas actitudes y soluciones, en el sentido de esclarecer si estamos ante “un nuevo mundo, que se halle fuera del alcance regulatorio del derecho que conocemos” o también que “se trata de aplicar por analogía las reglas jurídicas existentes ” (Lorenzetti 2001: 12), lo que conlleva al investigador mantener estas opciones reflexivas en el desarrollo del presente trabajo.

Prosiguiendo, si bien recientemente se están promulgando las leyes innovadoras del código civil para hacer asequible el acto jurídico y la manifestación de la voluntad por medios electrónicos, no contamos tan igual que otros países, normativa especial que regule los aspectos de la contratación por medios electrónicos, salvo aquellas regulaciones específicas y dispersas contenidas en la Ley de firmas digitales, la Ley de títulos y valores, la Legislación Tributaria, la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, la Ley de Sociedades e inclusive el código procesal civil entre otras que pueden suplir e integrar alguna deficiencia o vacío de la ley que no significa nuestra conformidad con este orden de cosas, a la postre teniendo en cuenta lo acotado anteriormente, sino darle flexibilidad a los actos de nuestra realidad cultural que tienen relación sin duda con los comercios y por supuesto los actos contractuales asequibles a la manifestación de la oferta, aceptación, conformación del consentimiento, el perfeccionamiento contractual y otros aspectos, que obliga a evaluar e innovar los marcos legislativos civiles actuales bajo la premisa de concebir, sopesando su utilidad, la norma especial que regule con eficiencia y eficacia los actos contractuales en un entorno electrónico.

El trabajo de investigación asume en una primera instancia, una revisión genérica de la contratación posibilitada por medios electrónicos e inserto en una sociedad globalizada, luego las innovaciones legislativas recientes debido a las tecnologías electrónicas digitales concurrentes a los contratos, resaltando significadamente, el cambio del soporte material atómico-masa basada en el papel al soporte bits energético o

documento electrónico e igualmente cambios de la firma manuscrita a la firma digital. En el segundo capítulo se incluyen los aspectos teóricos doctrinales relacionados con la Manifestación de la voluntad inherente al acto jurídico y relacionados con la oferta y la aceptación, luego el consentimiento como la unión de la oferta y aceptación previas a la conclusión o perfeccionamiento del contrato, que concurre cuando el acto ha sido zanjado completamente por las partes e inclusive cumpliendo la formalidad si así lo requiere, aspectos que se analizaron a la luz de la doctrina fundamentalmente extranjera, salvo alguna doctrina nacional, matizado sobre un basamento electrónico. Proponemos en el tercer capítulo un sistema sobre contratación por medios electrónicos, evaluando sus elementos físicos peculiares tal como al trasmisor por donde el oferente emite o manifiesta la voluntad contractual, el receptor donde el destinatario igualmente manifiesta su voluntad de aceptar, el medio de transporte por donde fluye la voluntad o el mensaje de datos, elementos que deban estar en óptimas condiciones para permitir la realización contractual.

Se postula diversas tipologías de contratación por medios electrónicos (CPME), apuntándose por el grado de la “inteligencia artificial” que va desde los sistemas de información que son terminales con escasa ayuda artificial usado por el agente capaz, y que lo denominamos “tontos”, hasta los mas sofisticados, como las máquinas que tienen un software o un sistema experto que permite contratar sin la presencia humana inmediata, fundamentados por la alta técnica de automatización lograda por el hombre, realidad técnica que lo integramos a la evaluación jurídica, pasando por lo social, concordante con lo que apunta el tratadista Frances Passet “El paso a la técnica implica, al unísono, un paso a lo social.” (Passet 1996: 161), que desde luego involucra “el paso a lo jurídico” que es materia de nuestro estudio. Otra clasificación que considera es en relación a la inmediatez del dialogo contractual que implica la presencia interactiva por medios electrónicos de las partes que le denominamos relación <<telepresencial>>, la contratación interactiva entre máquinas sin presencia humana inmediata en ambos o un solo lado y la contratación no interactiva o inmediata entre los agentes capaces. Una tercera clasificación lo asumimos teniendo en cuenta a la libertad de forma en que pueda realizarse el contrato, así consideramos el grupo de contratos realizados en forma libre y otros con formatos normalizado o prefijados como los realizado por el intercambio electrónico de datos o Electronic data interchange (EDI), lo cual es definido como un sistema para intercambiar información normalizada, en inglés “is, at the simplest level, nothing more than a technology for exchanging information” (Chris Reed 1993: 254-272)

Se analiza la problemática tecnológica del dialogo contractual relativo a la integridad, confidencialidad, autenticidad y no repudio, planteándose las soluciones tecnológicas como la firma electrónica, otras técnicas como la encriptación y el uso de los protocolos SET (Secure Electronic Transactions) y el SSL (Secure Socket Layer) para la Contratación Electrónica por medios electrónica (CPME) en INTERNET, que incluye la temática de una seguridad aceptable para propiciar la confianza de contratación por estos medios.

Enseguida se revisa la problemática humana, dado que en los contratos u otro acto jurídico interviene como eje fundamental el elemento humano, que son los agentes capaces, por lo tanto concurre los mismos vicios de la voluntad, sólo que esta vez

sirviéndose de la peculiaridad de los medios electrónicos. Se reviso por lo mismo, un marco teórico inherente a los vicios de la voluntad, en cuanto al error, dolo, violencia, y la intimidad y algunos casos típicos que puedan ocurrir y concurrir utilizando estos medios, siendo motivo de algunas reflexiones y propuestas teóricas del investigador.

Se aborda la problemática del lugar (espacio) y el momento (tiempo), en que concluye el contrato la cual se ve complicada, con las innovaciones recientes de la tecnología, que permite gran sofisticación de terminales, redes y equipos basadas en el internet u otros sistemas, con su variedad de servicios, posibilitando situaciones diversas en las posiciones físicas de las partes contratantes que muchas veces no coincide con el sistema de información, pues se puede contratar viajando desde un tren, un avión, ocurriendo la problemática de donde se concluye el contrato, que apunta a deslindar la ley que rige el contrato y en casos de conflicto de leyes, su derivación al derecho internacional privado o a la normativa y costumbre internacional para la solución que corresponda, estos últimos tópicos, sólo de manera referencial, pues no es materia sustancial de nuestro estudio.

Finalmente evaluamos el capítulo la Ley Modelo de UNCITRAL sobre el Comercio Electrónico, la Ley de Colombia sobre Contratación y Firmas digitales (LCOL), los dos Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico Español, algunos aspectos de la Ley Mexicana y Japonesa inherente a la contratación por medios electrónicos y otras leyes sobre La firma digital; así como a nivel nacional se tuvo como referencia del Proyecto de Ley regula el Comercio Electrónico y la contratación electrónica (PLEY) presentada por el congresista Jorge Muñiz Ziches, que nos permitieron hacer algunas sugerencias y proponer los lineamientos y bases de una futura regulación peruana de CPME.

a) Objetivos de la Investigación

Los objetivos que persigue la presente investigación, se sustenta en:

-Identificar las relaciones jurídicas sensibles al impacto de las tecnologías electrónicas digitales y o telemáticas en relación a la contratación específicamente en lo relacionado con la manifestación de la voluntad contractual, formación del consentimiento y su perfeccionamiento, a fin de reordenar la legislación en vigor, de acorde con estas recientes tendencias doctrinarias modernas haciendo viable desde la perspectiva jurídica, el tráfico comercial de bienes y servicios.

-Fundamentar las bases para la ordenación y aun la determinación de nuevas terminología y concepciones respecto al régimen de contratación a partir del uso cada vez más intenso de las tecnologías electrónicas digitales donde se alzaprima principalmente el Internet como sustento del comercio electrónico global.

-Evaluar la información como un recurso de singular importancia en la sociedad dentro de los próximos años.

b) Justificación de la Investigación

Ello se justifica debido al incesante y decidido avance de las nuevas tecnologías telemáticas reflejada en la dependencia cada vez mas acentuada de estos servicios en los campos del quehacer y saber humano que involucra innovaciones de las diversas actividades del hombre dentro de ellas, en la forma de negociar y o contratar, sustentada

en las tecnologías electrónicas digitales y redes telemáticas (internet) para la comercialización y el tráfico de bienes y servicios (comercio electrónico), lo que hace urgente la preocupación del legislador para que se innove las legislaciones de acorde con estas recientes posibilidades tecnológicas, a fin de evitar inequidades e injusticias en las transacciones u operaciones negociales que se hagan por este medio, teniendo en cuenta que la ciencias sociales, donde se incluye el derecho, “descansa en el postulado de que la sociedad se transforma y que esa transformación puede ser orientada...” (Tecla 1974: 71), en este caso orientada a través de los principios generales del derecho que inspiran a la sociedad peruana.

c) Metodología de la Investigación

El trabajo objeto de esta investigación jurídica se orienta dentro de las denominada investigación jurídica formal (Solis Espinoza 1991: 42-43), tendientes a evaluar y analizar aspectos teóricos doctrinales y normativos inherente a la realidad de la contratación realizado por medios electrónicos, actos que se están dando hoy en un ambiente comercial globalizado, cuyo auge se ve dinamizada por las tecnologías telemáticas, habida cuenta que la investigación científica “En cualquier campo que se realiza se encuentra que responde y es impulsada por las demandas y necesidades del desarrollo de la sociedad humana” (Aco Cataldo 1980: 27); más por otro lado, teniendo en cuenta que son fuentes materiales del derecho los cambios sociales, culturales dentro de los cuales se incluyen los cambios tecnológicos, cuyas innovaciones se plasman sobre el objeto formal del derecho, lo que dio lugar a nuestra preocupación se dirija a formular este estudio tendiente a coadyuvar al conocimiento, evaluación y renovación de la fuente formal como es la legislación de esta materia.

Si bien en un inicio el Proyecto consideraba una investigación integrada con lo social, basado en dos hipótesis, **1) El uso intensivo de los servicios telemáticos (electrónicos digitales) evidencian cambios en las relaciones jurídicas inherentes al ordenamiento jurídico contractual y 2) la normatividad peruana no define convenientemente las relaciones jurídicas que involucran el uso de los medios telemáticos para la contratación de bienes y servicios;** empero, como cuyo cumplimiento se evidenciaron efectivamente debido a los avances tecnológicos en estos últimos años en el mundo, con repercusión en el país y por lo mismo la respuesta del legislador peruano corroborado con la promulgación de diversas leyes, determinó que la investigación se orientará al desarrollo teórico bibliográfico inherente a los impactos presentados en la contratación por las tecnologías telemáticas, siendo así que caló en el investigador asumir la problemática de describir la formas de contratación por medios electrónicos, a partir de los elementos constitutivos de todo contrato, tal como la manifestación de la voluntad de las partes, de la cual se deriva el consentimiento y desde luego el perfeccionamiento o conclusión contractual, en el sentido de observar las relaciones y categorías jurídicas impactadas, puesto que “Por medio de la investigación científica, el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo...” (Bunge 1971:3), reconstrucción que creemos se trata de plasmar en el marco teórico que desarrollamos.

d) Fuentes de la Investigación

El presente trabajo dado el énfasis y naturaleza teórico jurídico especial, se realizó utilizando material documental correlativo a la bibliografía extranjera dada la escasa producción de esta materia en nuestro ámbito local, asimismo se tuvo material documental primario de congresos, seminarios y otros eventos que se realizaron en el extranjero y en el Perú, principalmente el V (Cuba-1996), VI (Uruguay-1998), VII (Perú 2000) Congreso Iberoamericano de Derecho Informático y últimamente el I Congreso Mundial de Derecho Informático llevado a cabo en Quito-Ecuador en Octubre del 2001, que nos dio las tendencias doctrinales y legislativas que se siguen en los diversos países tanto de Europa, América Latina y aun Norte América debido a la participación de investigadores de estos países; de otro lado tenemos que resaltar, no obstante lo acotado, los trabajos de los nacionales, Julio Ponce Núñez; Luis Freyre, Christian Calderón, Carmen Velarde, José Espinoza, Eduardo Chiara, Julio Biaggi y Rocío Rondinel; entre otros, que siguen esta línea de investigación en el Perú en la especialidad, para lo cual presentamos alguna evaluación de algunos de estos trabajos. Asimismo tuvimos materiales de primera fuente correlativo a la Ley Modelo de Comercio Electrónico de UNCITRAL, La ley Colombiana de Comercio electrónico y firmas digitales, dos Anteproyecto de Comercio Electrónico Español, El DECRETO que reforma diversas disposiciones del código civil para el Distrito Federal de México, así como también la Ley del Estado de UTAH sobre la firma digital, Ley Reglamentaria de Firmas Digital de la República Federal Alemana, la Ley de firmas digitales Español, la Ley Japonesa sobre Firmas Electrónicas y Servicios de Certificación, mas por otro lado sirvieron de fuente otras leyes correlativas a la legislación de la Unión Europea y Española para la cual, en algunos casos tuvimos que recurrir a material normativo secundario, es decir de comentarios de otros autores. Finalmente como fuentes nacionales, en lo básico nos servimos de los textos del Proyecto de la Ley que regula la Contratación Electrónica/Ley de Comercio Electrónica presentada en el Parlamento en 1999, la ley No. 27291 que modifica el código civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y la utilización de la firma electrónica, la Ley de firmas digitales No. 27261 y la Prepublicación del reglamento de la Ley de firmas digitales, que nos permitieron hacer posible este estudio.

e) Limitaciones de la investigación

La investigación se orienta analizar y evaluar los aspectos jurídicos normativo de la contratación por medios electrónicos, desde la perspectiva de la manifestación de la voluntad, el consentimiento de las partes hasta su conclusión o perfeccionamiento, es decir netamente en lo referido a la formación del contrato por estos medios, sin embargo, no deja de ser preocupación, que existen otros tópicos que se debe abordar derivada de la problemática de la contratación por medios electrónicos, tales como los aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contractuales, los aspectos tributarios y aduaneros, la solución de los conflictos y jurisdicción aplicable que deben ser materia de estudios mas específicos en futuras investigaciones, y que por lo mismo no es materia de nuestro estudio.

CAPÍTULO I. LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN UNA SOCIEDAD <<TECNOGLOBALIZADA>>

1.1.-VISIÓN GENERAL

Expresa el maestro peruano, Max Arias Shereiber Pezet en la exégesis del Código Civil Peruano vigente (Arias Shereiber 1988: 13-35) que se vive contratando permanentemente, al extremo que pareceríamos envueltos en una red dentro de la cual se realiza las mas variadas finalidades de la vida económica” y es en esa verdad que los contratos se integran como una vía fundamental para el intercambio de bienes y servicios de los seres humano en su entorno social, y es igualmente viable que si la sociedad evoluciona estas relaciones lo hacen igualmente, siendo que en la actualidad, como parte de la realidad y la cultura humana, las tecnologías de la información, se están constituyendo como el elemento esencial de la globalización que a la postre implica la internacionalización de las economías y la expansión global de los mercados. Mas aún estas tecnologías han dado lugar al nacimiento del primer “heredero” tecnológico: **Internet** , cuyo crecimiento esta evolucionando vertiginosamente producto de la

convergencia de la informática con las telecomunicaciones acelerados por el desarrollo de la microelectrónica digital, lo que ha provocado en relación a los contratos que sea viable la emisión de la voluntad contractual por estos modernos medios, cuando el día de hoy son mas versátiles y diversificados, debido al desarrollo de los software o los hardware, así como las formas de transmisión y conmutación de las redes, las cuales permiten que la manifestación de la voluntad se haga, además de los tradicionales y conocidos servicios telefónicos y telegráficos, por los modernos videoconferencias, internet phone o teléfono vía internet, webchats, correo electrónico, correo de voz, radioenlaces, radio trunking, etc. las que enlazan interacciones orales o de sonidos, escritos, gráficos, imágenes o combinación multimedia de todas ellas, lo que nos hace predecir las diversas matices y especificidades en la forma de realizar el dialogo contractual utilizando estos medios.

Mas por otro lado el surgimiento de estas tecnologías a sensibilizado al legislador y en consecuencia hoy día están surgiendo innovaciones en el Código Civil (Ley No. 27291 del 24 Junio del 2000) que han modificado el artículo 141 que adiciona el uso de los medios telemáticos en los actos jurídicos y la emisión de la voluntad contractual correspondiente al artículo 1374 del mismo cuerpo legal, lo que nos inspira a considerar la cuestión contractual por medios electrónicos como un tema de singular interés e importancia.

De otro lado, se conoce que el contrato es un acto jurídico, y entre estas hay una relación de especie a genero, por lo que al revisar las innovaciones sufridas por los contratos debido a las tecnologías telemáticas, debemos tener en cuenta *prima facie* el genero, en este caso el Acto Jurídico. Así el artículo 140 expresa que el Acto Jurídico es “La manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, requiriéndose los siguientes requisitos: Agente capaz, objeto física jurídicamente posible, fin lícito y la observancia prescrita por la ley, bajo sanción de nulidad”, siendo nuestra intención analizar los elementos constitutivos del acto jurídico como componente de todo contrato que se ven afectados con estos impactos, tal como concurre con el agente capaz, la forma, y en cierta medida el objeto física y jurídicamente posible, los cuales debido a las posibilidades de las tecnologías electrónicas se innovan gestándose nuevas posibilidades, que dan lugar a nuevas concepciones y redacciones de otros tipos, tal como cuando el **agente capaz** puede contratar en la modalidad que nosotros denominamos << **telepresencial** >>. Acuñado este termino de la juntura del termino latina <<tele>> de distancia y presencial del adjetivo <<presencia>> que significa “asistencia personal o estado de la persona que se halle delante de otro u otros o en el mismo sitio que ellos”, que significaría la cercanía de una persona frente a otra, es decir que existiendo entre las partes una distancia física o real mas o menos importante, la tecnología electrónica y o telemática **media** como auxilio o asistente material para hacer posible el intercambio de voluntades, para lo cual se interconectan terminales, sistemas, plataformas, redes, satélites, cables etc. que hacen al espacio físico que los separa, imperceptible y el tiempo reducido a segundos e incluso en redes de alta potencia de trasmisión en micro y nano segundos; lográndose así una cercanía que lo podemos llamar “artificial”, pues si bien las partes no comparten la cercanía natural de una relación física, éstas interrelacionan sus inteligencias en forma inmediata y simultanea, es un contacto casi-real o casi-físico que muchos denominan contacto virtual, semejándose

esta relación a un diálogo presencial. Igualmente esta tecnología permite la contratación por medio de máquinas (elaboradores o PCs.), no habiendo en ambos extremos presencia humana inmediata, pero lográndose la realización contractual en forma automática, es decir, el “diálogo contractual” se realiza y se concluye entre máquinas. Los agentes capaces o personas sujetan su manifestación de voluntad a los terminales automáticos a los cuales les han provistos de software o sistema de expertos a la medida del negocio, permitiendo así el contrato entre estas máquinas, las cuales aceptan, revocan e incluso con programas de mayor sofisticación podrían contra ofertar, desde luego de acuerdo a ciertos parámetros o variables predeterminados. Ha de tenerse en cuenta que esta forma de contratar se contempla en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de UNCITRAL al referirse al artículo 2 literal, punto 35 “ Se ha previsto que el inciso c) sea aplicable a los mensajes de datos generados automáticamente en una terminal informática o computadora sin intervención humana directa. Ello no debe entenderse sin embargo en el sentido que la Ley Modelo autorice la atribución de la titularidad de derechos y obligaciones a una terminal informática”, corroborado con el artículo 13, num 2), lit b) que incluye como atribución de los mensajes de datos los programados por el iniciador “... para que opere automáticamente”.

Otro elemento esencial que se ve innovado por las tecnologías telemáticas es la **forma y formalidad**, inherente, (*sin ser el único aspecto, nos refiere los tratadistas y las legislaciones*), con los documentos escritos sobre soportes de papel y la firma ológrafa o firma hecha a mano, ahora bien, con la existencia del soporte digital o documento electrónico y asimismo la firma digital, se esta permitiendo, incluir el uso de estos componentes electrónicos dentro de las formalidades que señala la ley bajo sanción de nulidad (forma ad solemnitatem), tanto legal como convencional, ya que el documento escrito de papel puede suplirse con el documento electrónico y la firma manuscrita con la firma digital, de tal manera que las nuevas innovaciones legislativas que se han promulgado o que se promulguen en el futuro, han de preceptuar esta formalidad, concordando desde luego, la posibilidad legal con la posibilidad tecnológica. En esa línea se apunta el artículo 1 y siguientes de la Ley de firmas y certificados digitales No. 27269, el artículo 141 A Formalidad, de la ley 27291, en relación a la utilización de los medios electrónicos para la manifestación de la voluntad. El artículo 5 del PLEY le da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos generada, enviada, recibida, archivada por medios electrónicos u ópticos – documento electrónico. Asimismo el artículo 7 da el reconocimiento jurídico de la firma electrónica integrada al mensaje de datos, concordante con los artículos 5 y 7 de la LMCE.

Otro elemento que podemos incidir en forma referencial o menos rigurosa por ser materia colateral a nuestro tema estudio pero que es impactado por las nuevas tecnologías telemáticas es **el objeto física y jurídicamente posible** , entendido como bienes objeto de la prestación de la relación jurídica que es asimismo objeto del acto jurídico, puesto que acostumbrados al mundo de bienes materiales (atómico-masa), nos cuesta asumir que por las redes puedan fluir bienes energéticos (bit-energía) tal como los software que pueden ser objeto de compra-venta, incluso transfiriéndose y pagándose por estos mismo medios electrónicos. Se puede igualmente arrendar un espacio virtual del disco duro de un servidor para poner una tienda o negocio virtual; posibilidades que ahora la tecnología nos lo ofrece, en consecuencia el impacto de estas tecnologías

electrónica digitales y telemáticas da lugar a la aparición de los que nosotros denominamos bienes energéticos que son bits energéticos (un documento electrónico por ejemplo) a diferencia de los bienes atómico-masa que se sustentan en el soporte físico tal como un documento de papel. No obstante nosotros consideramos, en un sentido estricto, que los bienes energéticos no son bienes inmateriales, sino en bienes en proceso de **“desmaterialización”** o “energización” (“electronificación” lo llaman algunos autores), que es un estado singular de la materia de acuerdo a las leyes de la física, pues la masa a la velocidad de la luz se convierte en energía que es una forma que adopta la materia, debido a que la materia no se destruye sino se transforma (Montoya 1994: 49-50), en consecuencia siguiendo esta misma línea de razonamiento, los únicos bienes inmateriales, son los derechos, las obligaciones, los valores entre otros de naturaleza intangible. En consecuencia son bienes energéticos un software, una anotación en cuenta (artículo 2 de la ley 27287- Ley de Títulos Valores), un documento o soporte electrónico, en el primer caso con valorización por si mismo y el segundo como soporte de bienes que contiene información valiosa, de tal manera que el elemento objeto física y jurídicamente posible, deberá pretender que la prestación que es objeto del contrato incluya cosas o bienes impensados hace unos años, tal como la compra venta de software de gestión de cuentas, arrendamiento espacios digitales que son bienes energéticos, que ahora son física, **energética** y jurídicamente posibles.

El artículo 141 del código civil igualmente se ve modificado por las tecnologías electrónicas digitales de su versión original, siendo el texto de la misma que “la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, o escrito a través de cualquier otro medio directo, **manual, mecánica, electrónica u otra análoga** . Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancia de comportamiento que revelan su existencia”. (modificado por la ley No. 27291 del 24 de Junio del 2001)

De otro lado los medios tecnológicos de acuerdo a como esta redactado el artículo modificado (artículo 141) da entender que son ayudas a la formulación oral o escrita, pero omite con relación al artículo original de no considerar la existencia de otras formulaciones además de la oral o escrita que si nos da entender el artículo primigenio de 1984 cuando nos expresa “o por cualquier otro medio directo”, aspectos que comentaremos en el punto 2.1.2.

En cuanto a la formalidad cumplida por medios electrónicos el **“Artículo 141 A FORMALIDAD”**, prescribe: **“En los casos en que la ley establezca que la manifestación de la voluntad debe hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera la firma digital, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro medio análogo”**

Esta norma revoluciona la formalidad digamos atómica, que se funda en el soporte de papel o material, al convenir la igualdad funcional con el uso del soporte digital y aun la firma electrónica o digital, cuestiones que se verán analizados en el acápite correspondiente (2.1.2)

El último párrafo de la modificatoria **“Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.”** abona el uso, además de los

documento privado electrónicos, los documentos o instrumentos públicos electrónicos, de tal manera que la norma hace viable el uso del instrumento y firma electrónica de carácter público sólo que la autoridad deberá cumplir con dejar constancia del medio empleado y conservar la copia o versión para consulta posterior, concordando en parte por su aplicabilidad al sector privado con los artículos 9 (la fuerza probatoria en la relación a la forma en que se haya conservado la integridad de la información) y 10 (requisitos sobre conservación de los mensajes y ulterior consulta) de la LMCE y los artículos 9 y 10 del PLEY.

En cuanto a la conservación del soporte, haciendo un paralelo entre el soporte atómico –papel y el soporte digital-bit, el primero puede conservarse hasta por una duración que puede ascender a 450 años dado que en el Perú existen algunos documentos de papel con ese tiempo de duración, como los restaurados de época de la colonia y el soporte digital igualmente su conservación e integridad, puede hacerse infinitamente renovando sucesivamente a través de procedimientos tecnológicos cada cierto tiempo, y desde luego, ambos casos de conservación son viables para su posterior consulta, concordante igualmente con el D.Leg. 681 modificado por ley No. 26612 en cuanto se regula el uso de tecnologías avanzadas en este caso a la conservación y reproducción de las microformas.

De otro lado el artículo 1374, dentro de las innovaciones de los contratos que nos permiten las tecnologías telemáticas, reafirma o complementa lo dicho, así este expresa “La oferta, su revocación, la aceptación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que lleguen a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.” Agregando la modificatoria **“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”**

Con relación a este último párrafo, innovado debido al impacto de las tecnologías electrónicas digitales, si la manifestación de la voluntad (emitida por el oferente) es por estos medios, esta declaración de la voluntad se considera recibida por el receptor-destinatario, puesto que así lo dispone la norma aludida, cuando el remitente-oferente reciba el acuse del recibo; ahora bien, tratándose del acuse de recibo para concluir el contrato, consideramos que la aceptación ha sido recibida por el oferente, cuando este no sólo envíe el acuse de recibo de recepción, sino que sea recibido por el destinatario aceptante, el cual es obligatorio para concluir el contrato, asumiéndose creemos la presunción iuris et de iure, dándole mayor seguridad al comercio electrónico en el tramo final contractual, criterio que en este caso consideramos válido y adecuado, mas no para cualquiera otra declaración contractual como es caso del primer supuesto, lo cual argumentamos es contrario y atentatorio con la naturaleza dinámica del comercio electrónico y la seguridad tecnológica que cada día es más sofisticada.

CAPÍTULO II. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y EL ENTORNO ELECTRÓNICO

2.1.- LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

En general el Acto jurídico tiene su centro dinámico, en la *manifestación de la voluntad* del agente, cuando es un acto jurídico unilateral o los agentes, cuando es un acto jurídico bilateral o plurilateral, es decir un contrato; siendo este último el motivo de nuestro interés de estudio y a la cual vamos a dirigir nuestro análisis, no obstante debemos tener en cuenta que la manifestación de la voluntad sean estos acto jurídicos unilaterales o plurilaterales son inherentes a una misma apreciación doctrinal, salvo las cuestiones relativas a la formación del consentimiento, que es exclusivamente de los actos jurídicos bilaterales, por lo que sólo hurgaremos algunos aspectos comunes que nos trae la doctrina, para permitirnos mayores elementos de juicio en el desarrollo analítico de la manifestación de la voluntad contractual que se traduce en la interacción de la oferta y la aceptación.

Así, es necesario evaluar como se gesta la voluntad jurídica, y al amparo de lo expresa Vega "...ciertamente no aparece por generación espontánea sino que es el resultado de un proceso formativo..." (Vega 1996: 408), y que obedece a diversas fases o procesos; así cierto sector de la doctrina ha señalado que la voluntad distingue un discernimiento, una intención y una libertad en el agente (Wagner 1985: 100.); de cuyas concepciones resumimos y tomamos partida de la siguiente manera, el **discernimiento**, como una conducta interna de la voluntad que tiene que ver con la capacidad de las personas, para discriminar lo bueno de lo malo, para una intención y decisión futura, la **intención**, después de haber discernido el agente se anima y quiere su realización, que es en síntesis la aplicación del discernimiento en cada caso particular y **la libertad** habiendo discernimiento y la intención (conciencia de lo querido y eso efectivamente es lo que quiere), quepa la libertad para realizarlo, lo que significa que en el agente "no se le ejerza coacción externa que excluya la espontaneidad de su determinación". (Wagner 1985: 116). La libertad presupone la elección espontánea entre varias determinaciones que tenemos al frente "es un hecho de experiencias inmediata y universal de la vida humana" (Wagner 1985: 117)

Por su parte Aníbal Torres "expresa que para que exista voluntad se requiere de la concurrencia de elementos internos (el discernimiento, la intención y la libertad) y externos (la manifestación)". Por lo que la manifestación de la voluntad contiene elementos internos y externos, los primeros separados en tres fases para su comprensión, con la cual se forma la voluntad real, interna, psicológica, subjetiva y el elemento externo que es la forma en que se traduce o se hace objetiva la manifestación de la voluntad. La voluntad interna relacionado con la interioridad del agente capaz, donde se gesta la voluntad querida y subyace hasta el borde fronterizo que termina con su exteriorización, y la externa, precisamente es la forma objetiva que adquiere esta voluntad gestada en la interioridad y que se traduce precisamente en una forma externa:

La voluntad se desdobra en: voluntad interna o negocial... que no es otra cosa que lo que realmente ha deseado el agente en su fuero interno... y voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos... (Torres Vásquez 1998: 177)

Por su parte Vega propone en su trabajo las siguientes fases: "a)La percepción", como la función en virtud de la cual el sujeto se vincula con la realidad, en si mismo internaliza la realidad objetiva percibida incorporándola a su realidad subjetiva, esta función es anterior al "b) discernimiento" que es la segunda fase para Vega, "que es la aplicación de la capacidad intelectual del ser humano a la realidad percibida, internalizada subjetivizada " por su puesto para su examen, ponderación y valoración del sujeto, siendo la "c)decisión" la tercera fase donde "el sujeto que ha percibido y discernido la realidad, asume frente a ella una determinación que puede ser la indiferencia, es decir la negación de la relevancia al fenómeno submateria... o asumir una intencionalidad, es decir determinarse y comprometerse a una acción posterior consecuente" y finalmente "d)La manifestación" que implica convertir la voluntad interna en voluntad jurídica "es decir trasladar del cerrado ámbito de la subjetividad interna al abierto y reconocible mundo de la objetividad externa..." (Vega 1996: 408-409)

Fases que concurren en la generación de la oferta y la aceptación así como toda

expresión de la voluntad correlativa del dialogo contractual, en general es menester deslindar las particularidades y diferencias entre el acto jurídico contractual y el acto jurídico unilateral, siendo el elemento diferencial entre estos, tal como ya lo referimos anteriormente, el **consentimiento**, elemento que no concurre en este último, sino en los bilaterales, inherente a la unidad consensual de la oferta y aceptación que conducen a la conclusión contractual.

No obstante dentro del entorno electrónico, hay un debate en el sentido que, la contratación realizada con sistemas de contratación de alta sofisticación (contratación entre máquinas autómatas programadas de alto nivel de automatismo) se equipara con la realización contractual hecha por el hombre, de tal manera que se podría coligar que la maquina o autómatas puede remplazarlo y en consecuencia actuar igual que el ser humano, porque aparentemente contrata y por tanto, sería un sujeto de derecho que tiene conciencia, percibe, discierne, tiene intención, decide, es libre de manifestar su voluntad; situación que desde toda punto lógico y real, es inaceptable, puesto que la maquina o la tecnologías que sustentan el automatismo electrónico digital u óptico, es solo una ayuda o facilita la manifestación de la voluntad contractual que yace <<congelada>> o potencialmente contenida en un software o sistema de expertos que adherido técnicamente a la maquina física, que está a la espera de ser accionado ante un incentivo del entorno que hará activar el mecanismo de respuesta emulando a la manifestación de voluntad permitiendo contratar sin intervención directa de la persona humana. La problemática jurídica, al asumir la función instrumental o auxiliar de la máquina electrónica en los contratos, es en cuanto a la imputabilidad del sujeto manifestante de la voluntad, que nos induce, concordando con Lorenzetti, a resolver imputando “al sujeto a cuya esfera de intereses pertenece el hardware o el software”(Lorenzetti 2001: 177).

2.1.1.- LA VOLUNTAD DECLARADA Y EL AGENTE CAPAZ

Diversos autores concurren en analizar el proceso de la declaración o manifestación de la voluntad por los agentes que correlacionan en una y otra forma las diversas fases de su formación que hemos referido anteriormente, los cuales no difieren de la existencia de un componente interno y otro externo inherente a la voluntad manifiesta, así remarcando lo acotado, Aníbal Torres nos dice que la voluntad es la suma de dos procesos, subjetivo el uno (la voluntad real interna o psicológica) y objetiva el otro (la voluntad manifestada), que se fundan en una unidad esencial entre la voluntad y su manifestación (Aníbal Torres 1998: 78). Es perentorio remarcar que estas divisiones y particiones de las fases de la voluntad, se hace para la comprensión y análisis jurídico, en realidad ella concurre en una forma compacta, desde la gesta interna en las profundidades de la conciencia del agente hasta asomarse a la superficie exterior y luego adquirir alguna forma que constituye la manifestación objetiva de la voluntad.

Ahora bien, como todo proceso humano al expresar su voluntad, responde no muy pocas veces a disfunciones o confusiones objetivas y o subjetivas, en cuanto procure la integración de lo interno con lo externo de los sujetos manifestantes de la voluntad, ello puede traer consigo imperfecciones que pueden producir discordancias entre lo subjetivo (interno) y lo objetivo (externo), distorsión entre lo declarado externamente y lo querido, para lo cual la doctrina plantea y las legislaciones asumen soluciones, basados en

diversas teorías planteadas por diversos tratadistas, así Aníbal Torres, agrupa y refiere por lo menos cuatro teorías: **la teoría de la voluntad, de la declaración, responsabilidad, de la confianza**. (Torres Vásquez 1998: 81-82). La **teoría de la voluntad**, basada en lo realmente querido por el agente y gestado en las profundidades internas de la conciencia del agente y en caso de haber conflicto entre la voluntad y su declaración, primaría la primera; **la teoría de la declaración** referido a la supremacía del elemento objetivo externo (declaración), pues lo interno esta anidado en el agente y es muy difícil de poder saber que es lo que quiere manifestar y desde luego, lo que esta inmerso en el mundo interno no tiene trascendencia para el derecho; **la teoría de la responsabilidad** que parte del hecho de que el acto jurídico es valido, si hay correspondencia entre la voluntad y la declaración, no siendo así la culpa operaría a cargo del declarante y **la teoría de la confianza** que incorpora un elemento subjetivo en la apreciación de la declaración, la cual prevalece aun cuando no corresponde a la voluntad real del agente (la culpa se transfiere al destinatario), entre otras teorías, dentro de las cuales apreciamos que nuestra legislación adoptó la teoría de la declaración, pero con reservas, a tenor de lo prescrito por artículo 1361 “Los contratos son obligatorios en cuanto *se haya expresado en ellos*. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quién niegue esa coincidencia debe probarla”, por lo que en caso de divergencias, el que niega la coincidencia debe probarlo, una vez probado prevalecería la teoría de la voluntad, por lo que dicha situación convoca a una presunción iuris tantum, agregando en esta parte Aníbal Torres que “el ordenamiento civil admite los vicios de la voluntad, el abuso del derecho, la buena fe, la teoría de la culpa, instituciones que deberían eliminarse del código si optara por la teoría de la declaración sin atenuación”.(Torres Vásquez 1998: 88-89).

Es necesario acotar en relación a lo último comentado, los medios electrónicos ha hecho posible la primacía de la declaración de la voluntad, sustentado en los modos objetivos de la evaluación de la manifestación de la voluntad que asume la oferta basada según Lorenzetti en la *apariencia* y la *aceptación en la confianza* “conceptos apropiados para la sofisticación excesiva que propone la economía digital y la de la información” (Lorenzetti 2001: 228). La apariencia de la oferta, involucra que el agente consumidor ubicado en una sociedad global y virtual, tiene que tener confianza en el producto ofrecido, sin probanza real *inmediata*, pues ello constituiría un costo excesivo en la transacción, no obstante esta confianza debe partir de una suerte de apreciación de la práctica comercial demostrada por el oferente, el sistema tutor del Estado, entre otras que convenzan al agente destinatario en lo relativo a la seriedad de lo ofertado, pues: “Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad son muy pocas, generalmente inocuas... No se trata de un problema de negligencia, sino de necesidad ” (Lorenzetti 2001: 229); que nuestra legislación (artículo 1361) concuerda en su primer párrafo pero creemos obliga a un ajuste al segundo, además de que consolida en la formación de la voluntad las teorías de la declaración (con atenuación) y la confianza (riesgo del aceptante o agente consumidor), cuestiones que se tendrá en cuenta en una legislación peruana que regule estos medios.

En lo atinente a los medios electrónicos, P. C. que son máquinas que contiene software con gran inteligencia artificial.

El software es el elemento interno, ´inteligente´ y blando del sistema maquina o elaborador electrónico, PC, que contiene una lógica de trabajo programada e incita a una actuación de la maquina o máquinas. En el caso de la contratación las interacciones se producen ante una estimulación proveniente de otro elemento similar que se encuentra en un entorno de redes cerradas (intranet) o abiertas (internet).(Armas 1998)

En este tipo de contratos, cabe reflexionar si todo “error” al manifestar la voluntad por el “agente automático” o que incurra la máquina podría considerarse como ¿error de la voluntad? o ¿error en la declaración?, se deberá tener en cuenta por lo mismo ¿en qué consiste el programa? ¿cómo se integra el programa a la maquina?, cuestiones que serán debatido en el punto 3.4.2.2.

Cuando el agente humano contrata coadyuvado con una máquina, al momento de contratar se ´desdobla´ en dos estancias e instancias, uno de estar aparentemente presente “representado” por el autómatas de alta tecnología y al mismo tiempo en otro lugar, y extremando el caso, también igualmente contratando con otra persona, es decir este agente, tiene la posibilidad de contratar dos veces y muchas veces al mismo tiempo y en diferentes lugares, la tecnología ha refrendado la ubicuidad del agente o persona humana para contratar, e igualmente podría o puede (como los banca automática) no enterarse exactamente cuando esta contratando, pero si sabría que en cualquier momento va a contratar, por que ha dejado congelado su voluntad potencial, en un software o sistema de expertos que en forma automática y sin necesidad de las presencia física y su intelecto fresco, puede declarar su voluntad contractual y desde luego contratar. Similar situación se presenta cuando una persona va a una cabina telefónica, luego paga una cantidad y hace su llamada, y desde luego esta contratando con una maquina automática que representa al operador telefónico que ha “declarado su voluntad” al ser estimulado por las monedas que activan su programa, en realidad esta contratando con un agente capaz que ha dejado congelado su voluntad en un software o sistemas de experto: Igual manera cuando se saca una suma de dinero de un cajero automático, se esta realizando una transacción con un agente capaz representado por una maquina, pues esta maquina “representa” a un Banco o Financiera que ha dejado su voluntad en un software y que al ser accionado por el agente también expresa de alguna forma una voluntad humana. Resumiendo, en el caso de contratación entre máquinas o sin presencia humana, esta es una manifestación de la voluntad indirecta para el agente humano, porque no participa en persona; pero es una “manifestación directa” para la máquina autómatas que participa activamente y lo hace por el agente humano; en síntesis, es no presencial para el agente humano pero “presencial” para el autómatas. Ahora bien, cuando hay automatización en las dos partes será una relación inmediata, interactiva, y simultanea entre máquinas; y no inmediata, o diferida para los agentes humanos respectivos. Cuando hay una automatización en una de las partes, será una relación inmediata, interactiva y simultanea para el autómatas y no inmediata, diferida para el agente humano. (Armas 1998)

2.1.2.-LA FORMA DE EXTERIORIZAR LA VOLUNTAD Y LA

FORMALIDAD.

La forma que adquiere el acto está ligado al elemento externo y objetivo de la manifestación de la voluntad. En primera instancia analizaremos la forma como expresión, sea esta explícita, codificada o no, y la segunda como observancia impuesta para la validez del acto, ligada al perfeccionamiento contractual (formalidad).

En cuanto a la forma como expresión externa que adopta la manifestación de la voluntad, la doctrina anota que la voluntad se exterioriza de alguna manera adoptando una forma. “La voluntad debe siempre traducirse en una forma... La forma hace la existencia del hecho... la voluntad se exterioriza siempre de alguna manera... (Manuel Wagner 1985: 128), adicionando mencionando a López de Zavalía, que la forma es la palabra escrita, hablada, la mímica, la forma también es el silencio mismo, toda manera de expresar algo constituye una forma de manifestar la voluntad, ello nos conduce a agrupar concordando con el artículo 141 de nuestro Código Civil, que son formas de exteriorización de la voluntad, el modo *expreso* y *tácita* (artículo 141), en el primer caso cuando se evidencia signos entendibles e inequívocos como idiomas, códigos, mímicas todas ellas codificadas o establecidas, tanto escritos como verbales. El mismo artículo 141 prescribe “cuando se formula oralmente, por escrito...”, y lo segundo cuando se deduce de actos comportamientos que hacen inferir la voluntad del agente, así se anota en este artículo “es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancia de comportamiento que revelan su existencia”, siendo esta modalidad no codificada o analógica la forma de manifestar la voluntad.

Otra clasificación en que se expresa la forma de la voluntad y que nos trae la doctrina, es de que la manifestación de la voluntad puede ser *inmediata* que otras palabras implica una relación cara a cara que conlleva a una relación *presencial*, dándose esta forma cuando la manifestación de la voluntad significa una predisposición física-psíquica cercana entre sentidos (visual, táctil, escucha, olfativa), es decir los agentes están uno frente al otro, sin dar lugar a lapsos de tiempo en el intercambio de las voluntades de tal manera que lo podríamos llamar relación interactiva; y es *mediata*, cuando media un lapso de tiempo significativo entre la emisión de la voluntad de un agente y la toma de conocimiento del otro, debido que no hay una predisposición física-psíquica cercana e inmediata de los sentidos, inclusive nunca podrían haberse visto, es decir no conocerse físicamente, sin embargo podrían contratar desde siempre y como siempre, es decir hay una manifestación de la voluntad de uno hacia el otro que tiene que esperar un lapso de tiempo significativo para tomar conocimiento de la voluntad, a esta forma de manifestación de la voluntad podríamos denominar manifestación de la voluntad no interactiva o diferida en el tiempo de respuesta de una oferta con respecto a su contestación, es el caso y desde el ámbito de los medios electrónicos cuando las partes concurren a manifestar su voluntad por correo electrónico, correo de voz en terminal fijo o terminales móviles.

Es menester indicar que en estos tiempos de tecnologías electrónicas digitales, redes telemáticas o Internet, propusimos en el capítulo anterior, la coexistencia de una relación presencial a distancia que le dominamos <<*telepresencial*>>, que se da cuando entre una parte y la otra media una distancia física o real de tal manera que sin las

tecnologías telemáticas el intercambio de voluntades sería imposible, pero en este caso la tecnología telemática compuesta por sistemas físicos y lógicos, plataformas, redes, satélites, cables etc. hacen que ese espacio físico se haga imperceptible acercando a las partes, pues las partes están inmediatamente en contacto, si bien no físico, es un contacto casi-real o casi-física o virtual asemejándose esta relación a un contacto presencial entre las partes que se acercan debido a las tecnologías telemáticas y “multimediales”. Siendo el sentido visual (casi real), sentido de audición (casi real) dos de los sentidos fundamentales para manifestar nuestras voluntades, sin embargo la tecnología esta preparado para transmitir los sentidos táctiles, olfativos (se sabe que una Empresa Americana de telecomunicaciones realizó experimentos para tratar de transmitir olores por cable de fibra óptica), estos últimos no tan indispensables para el intercambio y comprensión de nuestra voluntad utilizando estos medios tecnológicos, es decir coexiste, una cercanía casi física – psíquica o de conciencias que le permite intercambiar voluntades inmediatas en forma que denominamos <<telepresencial>>.

Si hacemos un resumen de la forma <<telepresencial>> de intercambiar voluntades, el caso primigenio de esta forma es la simple telecomunicación telefónica, actualmente podemos hacerlo por videoteléfono o por internet en forma “multimedia” o también por sistema telefónico celular, satelital donde las partes intercambian manifestaciones de voluntad en forma instantánea, es decir están físicamente alejados pero cercanas psíquicamente o en *contacto que denominamos fresco de conciencias* e inclusive las tecnologías telemáticas podrían hacer sentir sus alientos, perfumes y presumir sentimientos en base de visualizar comportamientos, gestos y movimientos.

Recurriendo a la legislación, el artículo 141 del código civil peruano modificado por las tecnologías electrónicas digitales de su versión original, innova a los contratos, cuando refiere que *“La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrito, a través de cualquier otro medio directo, manual, mecánica, electrónica u otra análoga. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancia de comportamiento que revelan su existencia”*. Ahora bien, a nuestro entender, la expresión *“ a través de cualquier otro medio directo”* seguido de *“ manual, mecánica, electrónica u otra análoga”* involucra a nuestra manera de ver, una ligazón entre los medios tecnológicos, con la manifestación de la voluntad usando la formulación oral o escrita, siendo estos medios los que efectivamente permiten al agente capaz expresar su voluntad, no habiendo otra manera y de acuerdo a nuestra interpretación, de servir unicamente estos medios tan sólo como ayudas o auxilios.

Empero, antes de hacer el comentario sustancial del artículo 141 modificado y el primogénito, quepa manifestar que deba incluirse expresamente en la redacción del artículo modificado, la tecnología óptica como medio coadyuvante a la manifestación de la voluntad y no dejarlo a la analogía, ya que es una realidad tecnológica de hoy día, mas aún cuando lo prescriben el artículo 141A, en lo referente a la manifestación de la voluntad *“ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo”*, el artículo 1374 en cuanto a la contratación entre ausente *“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” e igualmente la **LMCE** en el artículo 2, en cuanto a la definición de mensajes de datos, este se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, **ópticos** o similares...) coincidiendo con el artículo 2 del **PLEY** sobre “Definiciones - Mensaje de Datos “ e igualmente con el artículo 4 Definiciones – Documento electrónico de la Prepublicación del Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales.

De tal manera que la versión modificada del artículo acierta al incluir a las medios tecnológicos como ayudas a la formulación oral o escrita, pero omite con relación al artículo original, de acuerdo a nuestra apreciación, de no considerar la existencia de otras formulaciones expresas además de la oral o escrita tal como las futuristas formulaciones visuales o mentales; a saber de lo que prescribe el artículo 141 del texto originario: “*La manifestación de la 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 circunstancia de comportamiento que revelan su existencia. No se puede...*”. Dando entender que “cualquier otro medio directo” equivale a otra formulación o medio <<expresión, explícito-codificado>>, que nuestro criterio nos parece bien, no obstante creemos que el artículo primogénito debió emplear, para ser mas claro y evitar confusiones, la terminología “cualquier otra formulación codificada”, pues redactada así, mas adelante conducirá a la confusión del **medio <<expresión, explícito-codificado>> (oral, escrito...)** con el **medio <<auxilio – tecnológico>> (fax, correo...)** , en la redacción de las legislaciones. En este caso el artículo modificado, insistimos, si bien omite o cierra toda otra forma de formulación quedándose sólo con la formulación oral o escrita, al utilizar “a través de cualquier otro medio directo” que sólo corrobora, a nuestra manera de interpretar, y en relación a “otro medio directo”, que opere como un **medio <<auxilio- tecnológico>>** y no como **medio <<expresión, explícito- codificado>>**.

Ahora bien aclarado ello y continuando con la evaluación del artículo 141 modificado, nos queda el deslinde del término “directo” relativo al “medio directo”, correlacionado y adherido a nuestro parecer con la formulación oral o escrita, como es el caso del código civil peruano en vigor, no deba avalarse con la formulación de la voluntad **expresa**, sea ésta oral o escrita, de tal manera que por este razonamiento somos opuestos por el fondo y la forma de equiparar la manifestación expresa de la voluntad con manifestación directa, así como manifestación tácita con la indirecta como es concebido equivocadamente por algunos autores, la cual se ve seriamente cuestionado por otros tratadistas tanto nacionales como extranjeros de los cuales señalamos a Vega, Lohmann Luca de Tena, Wagner.

En tal sentido, señalamos esta persistencia en algunos autores nacionales y aun extranjeros, aunque algunos lo manifiestan con duda, así De la Puente y Lavalle expresa: “existe una orientación moderna en el sentido de sustituir la clásica distinción entre **manifestación expresa y tácita, por la de manifestación directa e indirecta**” no obstante refiere:

declaración expresa no se confunde, como se ha visto, con declaración directa. La distinción parece sutil, pero no lo es, la declaración expresa se caracteriza por la forma de expresión de la voluntad. Ha de ser hechos por palabras, gestos o

señales. Es por eso que son expresas las declaraciones verbales, escritas y simbólicas. Puede haber no obstante, declaración directa que no sea expresa, como acontece cuando se calla quien debe de hablar, admitido, es claro, que hay declaración en silencio

y más adelante señala “ **las declaraciones tácitas corresponde a manifestaciones indirectas de la voluntad** ” infiriendo que “**cabría oferta expresa o directa y oferta tácita indirecta**” resaltando que así lo “entiende la mayoría de la doctrina que trata el tema” (De La Puente y Lavalle 1996: 230)

Fernando Vidal, manifiesta:

cuando los medios empleados por el sujeto tiene finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente a quien debe conocerla”. Y refiriéndose a la manifestación tácita señala que se produce “cuando se da a conocer la voluntad interna pero sin que la manifestación se dirija directamente a quien debe conocerse , quien tomara conocimiento de ella deduciéndola de ciertas actitudes o comportamientos del manifestante (Vidal 1999: 100)

De otro lado Aníbal Torres expresa:

La manifestación expresa (denominada también positiva o directa) esta orientada en forma directa e inmediata, a hacer conocer el designio negocial...”... “La manifestación tácita implícita (llamada también actuación de la voluntad, comportamiento de hecho, declaración indirecta) es la que se infiere de actos u observancia de cierta conductas positivas (acciones) o negativas (omisiones), que aunque no están dirigidos principal y directamente a manifestar el ánimo negocial, permiten deducir su existencia”. (Torres Vásquez 1998: 96-97)

Alberto Spota es amplio en sus explicaciones tomando como base la legislación Argentina. Este formula que existen los dualismos “positivo” y “tácita” en relación a la manifestación de la voluntad y también “expreso” y “tácito” al referirse al consentimiento; en relación a la doctrina, escribe que se habla de manifestación “inmediata” y “mediata” de la voluntad asimismo “directa” e “indirecta”, agregando que **prefiere “al término expresión “positiva” (o, “expresa”) el de expresión “directa” de la voluntad y al de expresión “tácita” el de expresión “indirecta” de voluntad demostrando su inconformidad por las formulas legales. ” (Spota 1981: 255)**

Es mas, al referirnos a Messineo a guisa de esclarecer este análisis, este indica que “El contrato puede perfeccionarse también por medio de teléfono o sea por medio de ‘coloquio directo’...” donde equipara <<el medio directo>> con <<coloquio directo>>(Messineo 1979: 464), que en buena cuenta significa equiparar el medio <<auxilio-tecnológico>> con la expresión directa de la voluntad o medio <<expresión...>>, donde observamos se agudiza la confusión y ello pues corrobora a un redacción inapropiada e incluso una interpretación errónea, ya que en este último caso, si al teléfono **per se** lo consideramos como generadora del <<coloquio directo>> o medio <<expresión...>>, estaríamos avalando la posibilidad de que este objeto como medio directo **por si mismo** , pueda generar y emitir voluntad alguna lo cual es un absurdo ya que el simple aparato telefónico, el lapicero, la maquina de escribir, el micrófono son simples entes sin conciencia o inteligencia alguna.

En consecuencia reiteramos que la expresión “cualquier medio directo” no es en si

mismo un medio de formulación de la voluntad expresa por el agente capaz, sino debe estar referido a los medios tecnológicos como ayudas o auxilios de las efectivamente formulaciones escritas o verbales emanadas de los agentes capaces, pues no habría en la actualidad, desde nuestra perspectiva, además de la oral o escrita, otra forma de formulación expresa, salvo las futurista formulaciones que podríamos concebir, tal como sería potencialmente la **formulación visual**, cuyainteracción de voluntades sería “leyendo” en los ojos de los agentes signos digitalizados que revelen expresamente las voluntades (“*los ojos son los espejos del alma*”, dice un viejo adagio popular) que por supuesto todavía no es posible, salvando el hecho, que la tecnología ha desarrollado sistemas de identificación por medio del iris del ojo y los vasos capilares de la retina del ojo (Torres Balic 1995), o la **formulación mental** a través de transmisión de ondas mentales para los mismos fines, que todavía no es posible ni esta en la practica usual de los seres humanas, salvo evaluaciones experimentales para el desarrollo de lo extrasensorial, que puede en el futuro apuntar en esta dirección, teniendo en cuenta el desarrollo de las ciencias y tecnologías.

Al respecto consideramos oportuno aludir lo que se precisa en relación al acto jurídico y aludiendo a la percepción como parte formativo de la voluntad manifiesta:

...es la función en virtud de la cual el sujeto se vincula con la realidad, internaliza la realidad objetiva percibida incorporándola a su realidad subjetiva para ello usa sus sentidos como base orgánica que le permite aprehender los fenómenos, es decir las manifestaciones de la realidad espacial y temporalmente ubicados. Pero el ser humano dispone de otros medios que le permite trascender lo estrictamente sensorial y superar los límites mediante percepción tecnológica, o aprehender objetos abstractos o espacio-tiempo ajenos mediante la percepción científica o finalmente, internalizar también otros tipos de percepciones por medios de la fe por ejemplo o de la extrasensorialidad. (Vega 1996: 408-409),

lo que afina nuestras afirmaciones futuristas.

Prosiguiendo con el análisis del artículo en lo referente a la manifestación de la voluntad y refiriéndonos a la **manifestación tácita**, decimos que es tácita porque no usa un medio codificado para manifestar la voluntad sino formulaciones o “comunicaciones analógicas” (Infante Durana 1986: 34), es decir realizado gestos, posturas y actitudes etc. que dentro de un contexto infieren una manifestación de voluntad. Siendo en esta parte que no estamos de acuerdo con el artículo 141 original y modificado de nuestro código civil, y asimismo con los diversos autores extranjeros y nacionales mencionados, reiterando nuestra coincidencia con el cierto sector de la doctrina nacional tal como Lohmann Luca de Tena mencionado anteriormente (Lohmann Luca de Tena 1997: 100), e igualmente Vega, quienes cuestionan objetivamente la división dual de la manifestación de la voluntad, de comparar y asemejar los medios expresos como directo y a los medios tácitos como indirectos.

Pues en una manifestación tácita creemos se da una inferencia, de esa voluntad que esta implícita en el accionar del agente manifestante, pero que no lo ha querido decir o manifestar en forma explícita (utilizando un sistema codificado o digital), y siendo que en todos los caso existe una voluntad internada en su conciencia que es una voluntad real y no ficticia (como en la voluntad presumida), que desde luego lo expone en forma

analógica, produciéndose *interacciones directas de inteligencias y de acciones*, que en estricto y a nuestro parecer no son tácitas, porque siempre y sobre todo en los actos jurídicos contractuales por lo menos hay una parte que expone u expresa en forma analógica un comportamiento y otro que infiere, interpreta la voluntad implícita que hay en esa exposición, acción o declaración analógica, pues si no existiera la contraparte (necesaria en un acto jurídico bilateral o contractual) a quién dirigir (desde luego se aprecia una dirección) nuestra voluntad implícita, el acto no concluiría y, mas aún, no existiría el acto jurídico contractual.

Para complementar nuestras apreciaciones inherentes a estos tópicos, retomamos a Lohmann Luca de Tena y a Vega, de acuerdo al criterio de estos autores, estos manifiestan, la doctrina clásica, la legislación nacional y extranjera se confunden al persistir en esta división dual de la manifestación de la voluntad traducida en directa e indirecta, que se identifica como expresa y tácita respectivamente, a decir del primero, este recomienda:

No tomar al pie de la letra la palabra <<expresa>> en su significado de algo claro y seguro, ya que con no poca frecuencia las declaraciones tácitas son más equívocas que las expresas. En cuanto la expresa, pues, más conveniente hubiera sido hablar de un medio convencional, en lugar de un medio directo (Lohmann Luca de Tena 1997: 112)

Y asimismo Vega, reflexionando con mayor profundidad indica que:

La manifestación de la voluntad por su modalidad puede ser directa o indirecta. Es directa cuando se dirige expresamente al acto seleccionado por la voluntad interna como medio para obtener los efectos queridos. Es indirecto cuando la expresión, declaración o manifestación se infiere del acto seleccionado por la voluntad interna, mas por la intencionalidad de consecuencias que por la objetividad del acto...correspondiendo a criterios clasificatorios distintos y por tanto muestran tipologías distintas y el medio de exteriorización (gestual, corporal, oral, escrito o conductual) y la naturaleza de esta (directa o indirecta)... Es así como se ha identificado la utilización de los modo de exteriorización oral y escrita con la naturaleza directa o expresa de la manifestación y, correlativamente se ha postulado que la manifestación conductual es siempre indirecta y tácita.,

no siendo así, prescribiendo en otro apartado en forma contundente que:

la realidad concreta, los hechos suelen tener un sentido diverso, ya que muchas veces no hay forma mas directa y por tanto mas expresa, que exteriorizar una voluntad ejecutando un acto y convirtiendo así la voluntad manifiesta en voluntad manifiesta y ejecutada (que va mas allá de una simple manifestación expresa). Del mismo modo, no toda declaración oral o escrita es per se necesariamente directa, expresa. Se observa mas bien que con frecuencia tal declaración puede ser confusa o hasta alusiva. En definitiva, la naturaleza de la voluntad manifiesta (directa e indirecta) es autónoma y combinable con el medio de exteriorización empleado. (Vega 1996: 409)

Por otro lado, en correlativo a la *formalidad*, y conformándolo mejor, entre otros aspectos, con los *documentos escritos* sobre soporte material, ello nos lleva a explicar la mecánica acontecida de la supremacía del soporte físico; así, yo tengo un papel en mano

y escribo una carta que es mi oferta, cojo mi bolígrafo y estampo mi firma autenticando mi envío y luego me desplazo a la oficina postal u otro sistema de transporte y despacho mi oferta, así ha sido esta rutina por muchos años entre las personas que contrataban entre ausentes, sistema que parecía inmutable por su larga práctica. Pero en la actualidad ¿qué ha cambiado? ¿qué está pasando con las tecnologías electrónicas digitales?, pues para una mejor concepción y volviendo a la carta, ahora simplemente me siento en mi PC (elaborador electrónico) que tiene acceso al Internet, digito mi carta, la arreglo, y luego para darle mi autenticación personal, le agrego mi clave electrónica secreta que desde luego lo ligará al contenido de mi escrito digital y con un “clic” la envío por correo electrónico a mi contraparte sin necesidad desplazarme de mi posición física, entonces nos preguntamos ¿Cuál es la significación cabal de este cambio? Pues creemos que efectivamente algo ha cambiado, que hemos pasado de un soporte atómico-masa (**papel**) a un soporte energético conformado por bits digital **¡he ahí el cambio tecnológico!** que innova a una tecnología de centurias de años de papel o soporte físico; que en buena cuenta significa que el **documento escrito de papel puede desde ya, suplirse con el documento electrónico y asimismo la firma manuscrita con la firma digital**, circunstancia que ha impactado al legislador peruano, dando motivo para promulgar la modificatoria del artículo 141 A, que avala, en cierto modo, el cumplimiento de alguna formalidad legal o convencional, en el sentido que se puede hacer sin ninguna restricción “a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier análogo”, la Ley No. 27269 “Ley de Firmas y Certificados digitales”, que además de definir las firma electrónica y digital Artículo 1 y 3, señala el ámbito de su aplicación (artículo 2) para “aquellas firmas electrónicas que, puestas sobre un mensaje de datos o añadidas o asociadas lógicamente a los mismos, pueden vincular e identificar al firmante, así como garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos”, además de que el artículo 6 define el significado del **documento electrónico** como “El certificado digital... generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, la cual vincula un par de claves con una persona determinada confirmando su idoneidad”, lo que reitera la conformidad del uso del soporte electrónico y firma electrónica, para el cumplimiento de toda formalidad que emane tanto de la ley como por convenio.

De tal manera que la redacción de los textos legales que se promulguen en el futuro, han de preceptuar esta licencia de formalidad, concordando desde luego, la posibilidad legal con la posibilidad tecnológica.

En esa línea se apunta la **LMCE** relativos a los artículos 5 (reconocimiento jurídico de los mensajes electrónicos a la cual los países no le negaran su validez jurídica), el artículo 6 (cuando se requiera un documento escrito esto será satisfecho por un mensaje de datos electrónicos) y el artículo 7 (que igualmente de requerirse una firma esta podrá ser satisfecha por la firma electrónica o digital en relación con un mensaje de datos). El **PLEY**, similarmente el artículo 5, le da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos generada, enviada, recibida, archivada... por medios electrónicos u ópticos – documento electrónico. Igualmente el artículo 6 confirma la validez de un escrito hecho en documento electrónico, el artículo 7 le da el reconocimiento jurídico de la firma electrónica integrada al mensaje de datos.

Plasmación legal que nos permite comentar el otro agregado relativo a la

modificatoria del mismo artículo **“Artículo 141 A FORMALIDAD En los casos en que la ley establezca que la manifestación de la voluntad debe hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera la firma digital, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro medio análogo”**

La norma prescribe por separado los casos en que el acto ha de cumplir “alguna formalidad expresa” “o requiera la firma digital” en ambas situaciones podrá ser generada (realizada) o comunicada (trasmitida o “telecomunicada”), por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro medio análogo que cumpla la finalidad. Por otro lado el uso de los términos “formalidad expresa”, “firma digital”, nos permite inferir que la norma esta incluyendo el uso de los documentos electrónicos y la firma digital para el cumplimiento de alguna formalidad legal o convencional ad solemnitatem con la respectiva viabilidad de ser transmitida por estos mismos medios electrónicos, concordando con los artículos 1 (Regulación de firmas electrónicas), 2 (Ambito de Aplicación), 3 (Definición de la firma digital),4 (Del titular de la firma digital), 5 (Obligaciones de la firma digital) y Tercera disposición transitoria (aprobación por autoridad competente de aprobar la utilización de otras tecnologías de firmas electrónicas) de la Ley No. 27269 de firmas y certificados digitales; asimismo los artículos del UNCITRAL Artículo 2 Definiciones- Mensajes de Datos, Art. 5 Reconocimiento jurídico de Mensaje de Datos, Art. 7 Firma, Art. 9 Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, Art. 11 Formación y validez de los contratos y Art. 12 Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos en una relación contractual que son la misma articulación y contenido de los artículo 5,7,9 y 12 del PLEY.

2.1.3.-OTRAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

Asimismo de acuerdo a nuestro código civil, hay otro modo de manifestación de la voluntad, esto es a través del silencio sólo y cuando la ley le atribuye ese significado (artículo 142), así como también existe la forma presumida por la ley. Sólo con relación al silencio convencional podrá ser viable por medios telemáticos o electrónicos y cuando la ley lo exprese concordante con la posibilidad por estos medios.

2.1.3.1.-EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

De acuerdo a la norma civil peruana el silencio constituye manifestación de la voluntad **“ cuando la ley o el convenio le a atribuye ese significado”** . De tal manera que el silencio simple sin relación o sujeto a un convenio o la ley no significa nada, ya que el que guarda para si su silencio, no dice nada no exterioriza nada que sea producto de su voluntad, tal como lo expresa Aníbal Torres Vásquez “no dice que no, pero tampoco dice que si ”. (Torres Vásquez 1998: 98), agregando que el silencio “no surge... por si sólo, porque este último significaría elevar el puro silencio a la categoría de consentimiento lo que sería peligroso” lo que podría dar a una serie de desaciertos e injusticias.

Tratándose de medios electrónicos automatizados, *cuando el acuerdo le atribuye ese significado*, las partes por la autonomía de la voluntad pueden convenir que un silencio

pueda constituir una manifestación de la voluntad, ello puede lograrse a través de un software especializado enlazado a otra de su contraparte en la misma condición técnica; así cuando el primer software envíe una solicitud de cierto requerimiento de insumos por montos de menos de US \$ 1000.00, la contraparte debe enviarla sin necesidad de manifestación expresa humana; pero si ocurre que el pedido supere lo US \$1000.00, esta debe hacerse por manifestación expresa humana. De tal manera que todo pedido o compra por montos menores de US \$ 1000.00, será despachado sin necesidad de asentamiento humano, bastaría con el silencio e inclusive sin que el mecanismo automático de la maquina lo estimule (la maquina no acciona ni reacciona).

Ello conlleva a referir que además del silencio humano se proyecta un supuesto “silencio de la máquina” o elemento automático, caracterizado según Lorenzetti en este tipo de automatismo electrónico “por la anulación de la función de la lengua”, pero no en el sentido de acallararlo o de no decir nada, sino que utiliza una “lengua técnica distinta a la ordinaria” además de simbólica, que influye desde luego en la interpretación, donde no es “posible aplicar las reglas legales de la hermenéutica contractual” (Lorenzetti 2001:168), caracterización que se generaliza y permitir distinguir al mundo informatizado.

Retornando a la legislación que regula la realidad empírica (término usado por Lorenzetti para referirse a la realidad material diferenciada del mundo digital), los casos en que la ley *le pueda atribuir ese significado*, es decir prescritos por la legislación, son considerados por algunos tratadistas como una forma expresa, el artículo 1381 del Código Civil constituye un ejemplo de ello; en relación a la conclusión de un contrato, se considera aceptado la oferta con el silencio cuando para dicha operación no se acostumbra la aceptación expresa o el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer y la oferta no fue rehusada sin dilación.

2.1.3.2.-LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA FORMA PRESUMIDA POR LA LEY

Nuestra legislación contiene ciertos caso en que de la ley presume o induce una voluntad de acuerdo a cierto comportamiento, no se trata de una voluntad exteriorizada en forma verbal, escrita o signos inequívocas sino que “la ley lo da por efectuada, en virtud de una mera suposición”, tal como encontramos en el artículo 1232: “El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de los anteriores, salvo prueba en contrario”, en este caso la legislación presupone un pago anterior que puede haber sido hecho como también no, pero la ley asume la presunción salvo prueba en contrario.

Refiere el Profesor Aníbal Torres Vásquez que la voluntad tácita es real, mientras que la presumida es una manifestación ficticia porque descansa en una probabilidad general de la voluntad pues es un recurso técnico, una “mentira técnica” citando a Savigny (Torres Vásquez 1998: 99), pues el agente puede que no tenga esa voluntad o que teniéndola es contraria, pero la ley dice otra cosa. La presunción puede ser relativa o absoluta, es relativa cuando admite prueba “iuris tantum” en contrario y es absoluta cuando no admite prueba en contrario “iuris et de iure”.

Ejemplos de otra forma de manifestación dela voluntad, están prescritos, entre otros, en la siguiente articulación, el artículo 1162 “La elección de la prestación corresponde al

deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o un tercero”, el artículo 311 inc. 1 “Todos los bienes se presume sociales, salvo pacto en contrario...”, artículo 361 “El hijo nacido el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tienen por padre al marido”, artículo 362 “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”, artículo 1231 “Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de los anteriores, salvo prueba en contrario” entre otras.

Finalmente para concluir la parte general de la manifestación de la voluntad, podemos decir en esta parte que la manifestación de la voluntad esta sujeto a vicios y a errores, que por cuestión metodológica y relacionado específicamente con el tema de la contratación por medios electrónicos, lo tratamos en el apartado concerniente al sistema de contratación electrónica.

2.2.-EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Son diversas las acepciones de la palabra consentimiento, algunos autores refieren que proviene de la expresión latina “**Contractus**” de donde proviene “**Contrahere**” que significa, concertar, lograr; otros utilizan el término **consensus** (Castañeda 1978: 14), pero veamos el significado que le dan los tratadistas, así Castañeda señala que “La base del contrato es el consentimiento” agregando que “el fundamento esencial en que reposa todo contrato es el consentimiento de las partes... sin consentimiento no hay contrato” (Castañeda 1978: 21)

Por su parte De la Puente y Lavalle refiere en lo concerniente al consentimiento que “es el acuerdo de voluntades con el propósito de crear, modificar o extinguir una obligación”, indicando que el consentimiento es el requisito especial de todo contrato... “pues para la validez del contrato se requiere los mismos requisitos que la validez del acto jurídico, pero se le agrega uno mas, que es característica del contrato, el consentimiento” (De la Puente y Lavalle 1983: 149).

Entre los tratadistas extranjeros Ruggiero mencionado por Riera Aisa al referirse al consentimiento “lo define como el encuentro de dos declaraciones de voluntad, que partiendo de dos sujetos diversos se dirigen a un fin común (Riera Aisa 1985)

Spota al referirse por el consentimiento contractual señala “como la declaración o exteriorización de voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes, y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales la que da origen a la llamada declaración de la voluntad común” y advierte que sólo el “encuentro” o “conjunción” de cada una de las declaraciones unilaterales nos pone en aquella “declaración común necesaria para la formación del contrato” (Spota 1981: 235-236)

Lafaille otro tratadista argentino indica que una vez coincidentes contenido, objeto, condiciones esenciales y cláusulas particulares tendríamos el contrato proyectado y por

tanto “existe lo que se denomina ‘ **la uniformidad de opiniones** ’ que es una de las acepciones de la palabra consentimiento” (Lafaille 1997: 45)

De lo que inferimos que el consentimiento es el elemento diferenciador entre un acto jurídico bilateral (contractual) y los actos jurídicos unilaterales; el consentimiento se da en los actos jurídicos bilaterales y plurilaterales, en la que existe concurso de más de dos declaraciones de la voluntad, siendo pues el consentimiento la resultante o la integración de la voluntad de las partes en una voluntad común dirigidas a la formación del contrato. No obstante quepa mencionar aquí a Messineo para aclarar, en estricto, en que consiste esa combinación de las voluntades (consentimiento) en los actos jurídicos bilaterales, expresando que “la combinación de las voluntades en cuanto formen el consentimiento, consiste en el hecho de que ambas partes **quieren la conjunta finalidad externa del contrato** , pues que lo que una parte da o hace, la otra la quiere recibir” (Messineo 1979: 438), dejando de lado que esta combinación de voluntades (consentimiento) resida en el hecho de que las mismas coincidan en el contenido, o se funda en una voluntad única (llamada voluntad contractual) cuya ocurrencia expresa ocurre en la figura del acto colectivo o complejo (plurilaterales), es decir obviamente el consentimiento en los contratos bilaterales se encuadra reiterando y esencialmente, en la conveniencia de las partes para colmar sus expectativas en una “conjunta finalidad externa del contrato”, mas aun sobre la coincidencia de contenido o en la fusión de una única voluntad, la cual tiene lugar eficientemente en los actos colectivos o complejos, lo que nos permite enfatizar nuestro análisis centrado en los actos jurídicos bilaterales.

Ahora bien, esa resultante implica previamente “un necesario entendimiento entre quienes van acordar, ello significa entonces que para contratar se debe consentir. Es decir, las partes de un contrato deben consentir entre ellos para llegar a formar o celebrar el mismo”, razón suficiente expresa este mismo autor para concluir “que la formación del contrato consiste no en otra cosa que en la producción del consentimiento” de allí la trascendencia del consentimiento en la formación del contrato. (Torres Méndez 1993)

Visto el papel del consentimiento en los contratos, quepa preguntarnos cuales son sus elementos y como se generan para formar el contrato, interrogantes que asimismo conlleva analizar la naturaleza jurídica de estas emisiones voluntad o declaraciones unilaterales de la voluntad, o los asentimientos como nos refiere Messineo, la cual al exteriorizarse y apuntar a la finalidad contractual se encuentran y luego se unen en una voluntad única o voluntad contractual, produciendo el consentimiento y dando lugar la formación del contrato. Al respecto Messineo critica al término “consenso” relativo al consentimiento, en el sentido que muchos textos de ley lo usan equivocadamente para los hechos unilaterales, siendo que este término es esencialmente bilateral, debiéndose usar para estos actos unilaterales el termino “asentimiento” (Messineo 1979: 438)

Desde otro ángulo y en relación de la emisión de la voluntad unilateral para gestar el consentimiento y luego formar el contrato, podemos expresar que estas pueden realizarse en forma instantánea o progresiva, en el primer caso implica considerar la unión de estos actos o elementos uno tras otro, es decir en forma sucesiva (sucesiva-instantánea) y en el segundo caso, si bien los actos o elementos igualmente son sucesivos, empero esta sucesión no es instantánea, sino que importa varios etapas o momentos (Torres Méndez 1993). Hacemos referencia de la imposibilidad de la formación

del contrato sea simultánea, lo cual a nuestro parecer significaría que ambos se encuentran en un instante en contacto mental de voluntades, leyéndose en forma instantánea y continua el pensamiento u otra forma, situación desconocida por lo menos para nuestra realidad cultural actual y desde luego jurídica. Por otro lado, es necesario referir que estas declaraciones unilaterales de la voluntad de los agentes que concuerdan en el consentimiento, se denominan, así lo prescribe la doctrina y la legislación tanto nacional e internacional, los nombres de oferta y aceptación, las cuales tienen ciertas características, así como también cumplen diferentes finalidades en la plasmación contractual, elementos que igualmente concurren utilizando los medios electrónicos ya que “dos partes pueden vincularse mediante una computadora, dialogar, intercambiar propuestas...” (Lorenzetti 2001:175), aspectos que debatiremos en los siguientes acápite.

2.2.1.-LA OFERTA

La oferta es una declaración de la voluntad que forma parte del consentimiento contractual, integrándose a la aceptación, se tiene diversas opiniones de juristas, tal como Castañeda al referirse al consentimiento opina que:

el consentimiento no es sino el acuerdo, las coincidencias de voluntades, tiene sus etapas. La etapa inicial, por la cual una de las partes solicita la manifestación de la voluntad de otra; es la propuesta, oferta o pollicitatio. En ella se propone la celebración de un contrato sobre bases determinadas (Castañeda 1978: 83).

De la Puente y Lavalle siguiendo a Pothier afirma que: “*pollicitación* es la propuesta que no ha llegado a conocimiento del destinatario y que, por ello, no tiene fuerza vinculante, y oferta a la propuesta conocida por el destinatario, que si obliga al oferente” (De la Puente y Lavalle 1996:212)

Messineo, en relación a la formación del contrato expresa:

los tratos se inician con una propuesta (u oferta) de contrato dirigida, verbalmente o por escrito, por su sujeto proponente (u oferente) al destinatario de ella (oblato). La propuesta no es perfecta mientras no pueda considerarse conocido por el destinatario de ella (Messineo 1979: 457)

Lacruz Berdejo, indica “la oferta consiste en una declaración de voluntad dirigida a un eventual contratante, o público en general, encaminada a lograr establecimiento del acuerdo contractual” (Lacruz Berdejo 1994: 395)

Ospina, de Colombia expresa “La oferta es la propuesta o invitación que una o mas personas formulan a otra u otras personas determinadas a celebrar una convención”. (Ospina 1998: 147). Distingue además dos tipos de oferta la propuesta a persona determinada y la dirigida a un público general, este ultimo denominado pollicitación.

De las referencias de estos autores rescatamos que hay dos tipos de ofertas, una a persona determinada y otra dirigida a un público en general, de otra parte esta oferta no será perfecta o verdaderamente una oferta sino es conocida por el destinatario.

Nuestra legislación si bien expresa en el artículo 1388 que la oferta al pública vale como invitación a ofrecer, en forma excepcional expresa en su segundo párrafo que “Si el

proponente indica claramente que su propuesta tiene carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal", por lo cual armoniza con las tendencias modernas de los negocios, los cuales para ser eficientes tienen que ser inmediatos, concordancia que encontramos en nuestra realidad, donde encontramos oferta públicas hecha por los diversos medios de publicidad, radio, periódicos, televisión, folletos, carteles, catálogos, circulares analógicos y también por medios digitales donde se incluya el internet, web, portales o tiendas virtuales y otros sitios de la red que "contienen datos sobre los productos que se pueden adquirir, sus características, precios, formas de pago, modos de entregas, garantías" (Lorenzetti 2001:187).

También se tiene ofertas en subastas tanto de particulares como públicas (caso SUNAD), cuyas convocatorias constituye de acuerdo a nuestra legislación una invitación a ofrecer siendo las propuestas las ofertas, concluyéndose el contrato cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que formula la mejor postura (artículo 1389).

En los contratos de adhesión, la oferta esta en las estipulaciones que fija la parte que estipula y concluye cuando la otra parte declara su voluntad de aceptar (artículo 1390).

Igualmente en relación a las cláusulas generales de contratación, estas se incorporan a todas las ofertas que formule una de las partes para contratar, es decir se constituyen o se integran a la oferta, similarmente el contrato concluye o se perfecciona cuando la otra parte las acepta (artículo 1393).

Dentro de los contratos de adhesión celebrados por medios electrónicos, ha de tenerse en cuenta los contratos **click-wrap agreements** en la que una de las partes es automatizada y donde la máquina toma las decisiones de acuerdo a cierta programación que le da cierto grado de autonomía; se circunscriben en esta tipología los cajeros de pagos de los bancos que son automáticas, los puntos de venta electrónicos igualmente automatizados.

2.2.1.1.-NATURALEZA JURÍDICA DE LA OFERTA

Existe diversas concepciones de tratadistas que deslindan sobre la naturaleza jurídica de la oferta unos expresan que es un acto jurídico y otros que es una simple declaración de la voluntad unilateral, entre los que siguen la primera tendencia y mencionados por De la Puente y Lavalle, es Carrará, que incluye dentro de la declaración de la voluntad a aquellas declaraciones de voluntad "que tienden a tener efectos jurídicos, pero que no los tienen por si solos"; sumando, transcribe, a esta opinión Roco y Lopez de Zavalía que otorgan a la oferta "el carácter de acto o negocio jurídico por ser un acto voluntario, lícito, que tiene un fin jurídico inmediato dentro de los límites marcados, la potestad de conducir un contrato en virtud de la aceptación". Mas igualmente cita a Ferreira dentro de los que consideran que no son actos jurídicos y son simples declaración de la voluntad, quién expresa que la oferta del contrato no reúne la calidad de Acto jurídico. Similar comentario tiene de Díez-Picazo (De la Puente y Lavalle 1996: 218-219).

Messineo afirma:

la oferta y a la aceptación son presentadas como actos pre-negociales...no son negocios unilaterales, sino solamente declaraciones unilaterales de voluntad...fragmentos de un eventual negocio porque lo uno sin lo otro no

pueden producir ninguno de los efectos que son propios del contrato.

Nosotros asimilando la doctrina nacional y sumando a la opinión de De la Puente y Lavalle, e inclusive a Castañeda, quien en su texto de contratos, siempre se refiere a la oferta como declaración unilateral, estamos en consecuencia, considerando que la oferta es una simple declaración de la voluntad, puesto que si bien busca una finalidad, esta no lo puede alcanzar por si misma, pues no produce efecto propio tal como lo actos jurídicos unilaterales propiamente dichos, sino que depende de su conjunción con la aceptación en el consentimiento para producir efectos, por lo que creemos que la oferta es una simple declaración de la voluntad.

2.2.1.2-REQUISITOS DE LA OFERTA

La oferta implica el cumplimiento de ciertos requisitos para que sea perfecta, siendo tratado por diversos autores, así dentro de los nacionales De la Puente y Lavalle, propone los siguientes requisitos:

- a) Que sea completa
- b) Que contenga la intención de contratar
- c) Que sea conocida por el destinatario
- d) Que tenga la determinación del oferente
- e) Forma del contrato. ”

(De la Puente y Lavalle 1996: 214-215).

De Messineo inferimos los requisitos de:

“a)Que la propuesta (si es completa como debe ser) debe contener en germen todos los elementos o los elementos esenciales del futuro contrato.

b) Que la propuesta no es perfecta mientras no pueda considerarse conocida por el destinatario de ella.” (Messineo 1979: 457)

Por su parte Stiglitz tomando como referencia al Proyecto del Poder Ejecutivo Argentino considera los siguientes requisitos:

- “1) Indicar la intención de obligarse por medio de ella
- 2) Estar dirigida a persona determinada o determinable
- 3) Contener las precisiones necesarias para establecer los efectos que producirá el contrato si la oferta fuera aceptada” (Stiglitz 1993: 92)

De lo que preludivamos que es perentorio que el oferente tenga la intención de contratar lo que realmente significa que este verdaderamente quiera realizar el acto contractual, desechándose cualquier vestigio de declaración en broma, sin compromiso, fines didácticos, de diversión, o comunicación informativa etc., es decir aquellas cuya declaración no conlleve el ***intentio juris*** , teniendo por tanto el oferente conciencia que dicha declaración significa que, producida la aceptación, el contrato quedara concluido.

El Segundo grupo nos señalan que debe ser completa o contener las precisiones necesarias para establecer los efectos que producirá el contrato si la oferta fuera

aceptada, es decir el principio es de que el contrato tenga todas estipulaciones necesarias o precisiones “para establecer los efectos que produciría el contrato”.(Stiglitz 1993: 96), aunque De la Puente y Lavalle refiriéndose a la doctrina indica que: “tratándose de contratos típicos legales el acuerdo sobre los elementos esenciales significa, en realidad, la conformidad de todas las estipulaciones”, lo que en buena cuenta significa que deberá incluir tanto a las esenciales como las secundarias pues así lo dispone el artículo 1359 de nuestro código civil, no obstante comenta en “las ofertas relativas a estos contratos basta, pues se consigne los elementos esenciales de ellos” (De la Puente y Lavalle 1996: 212), como ocurriría en una oferta publicitada de compra venta en un web o portal mostrando las características del producto o bien en oferta y el precio sobre los que se pondrán interactuar tanto vendedor como comprador.

El tercer requisito es el establecimiento de persona a quien esta dirigida a persona determinada o determinable de tal manera que se conoce el destinatario o la persona a quien se dirige la oferta, ello es la regla general, pues en caso contrario no tendría efecto vinculante. Ahora bien en relación a las ofertas a persona indeterminadas o policitación esta no son vinculantes refiere la doctrina tradicional, son simples invitaciones a ofrecer, no obstante las tendencias modernas teniendo en cuenta la realidad del mundo moderno debido a la globalización y las tecnologías asequibles a un público ávido para efectuar sus transacciones ofertadas en forma masiva y mas aun con el aval de las Asociaciones de Consumidores y leyes que lo tutelan establecen la fuerza vinculante de estas ofertas con ciertas condiciones. Nuestra legislación, reiteramos lo dicho anteriormente, establece una solución ecléctica en el artículo 1388 si bien el primer párrafo lo consagra como una invitación a ofrecer, por otro lado el segundo párrafo expresa que “si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta valdrá como tal”

De la Puente y Lavalle, menciona dentro de los requisitos que se tenga la determinación del oferente para que el destinatario sepa con quien va ha contratar y desde luego la oferta debe contener la forma del contrato, pues expresa esta autor “la aceptación de la oferta da lugar a la formación del contrato, lo cual no puede ocurrir sino se observa la solemnidad.”, pues establece citando a Carrara “La declaración que no reúne los requisitos anteriormente relacionados no debe ser considerado como una oferta contractual, sino quedará en el campo de las tentativas” (De la Puente y Lavalle 1996: 216).

Otra requisito del contenido de la oferta es la forma que deba contener el futuro contrato, el cual siendo que el contrato tenga que cumplir con un formalidad o prestarse con una solemnidad para su formación esta deberá cumplirse tanto por observancia del oferente como el aceptante, caso contrario no se concluirá con el contrato.

En cuanto a la determinación del oferente que en buena cuenta significa identificar con quien va a contratar el destinatario como es obvio involucra que el proponente indique claramente y en forma precisa su nombre y la dirección, en este último y en lo referido a las ofertas en la página Web o transmitidas por e mail, implica como veremos mas adelante en la dificultad de localizar el lugar donde se ha producido la oferta en los negocios internacionales que es netamente entre países y que ha sido resuelto a medias, aunque no en forma contundente, por los sistemas de nombres de dominio, sus siglas en inglés DNS (Domain Name Server), en internet.

2.2.1.3.- OPORTUNIDAD EN QUE SE PERFECCIONA LA OFERTA

La oferta se perfecciona cuando es conocida por el destinatario, teniendo en cuenta el carácter recepticio de esta, de tal manera que cumpliría en ese momento su cometido o el efecto de dar a conocer su propuesta de celebrar un contrato al destinatario que es lo que efectivamente persigue. Al respecto Messineo expresa “La propuesta no es perfecta mientras no puede considerarse conocida por el destinatario de ella” (Messineo 1979: 457), que en buena cuenta significa que habido un “encuentro” o “conjunción” de cada uno de las declaraciones unilaterales para el contrato llegue a formarse. En otras palabras manifiesta Alberto Spota, este encuentro o conjunción de la oferta y aceptación “adviene la formación del contrato”. (Spota 1981:236)

2.2.1.4.-LA FORMA DE MANIFESTAR LA OFERTA

La forma de emitir la oferta inherente al acto jurídico contractual puede ser expresa y tácita así lo considera la doctrina mas generalizada (De la Puente y Lavalle 1996: 230). En el primer caso puede ser oral y escrita, hechos por una conversación verbal o con la remisión de una carta o telegrama e inclusive con las modernas tecnologías y tal como lo hemos visto el capítulo anterior, encontramos mayores posibilidades de emitir nuestra voluntad las que incluyen tecnologías electrónicas y ópticas a través de los servicios del EDI, videoteléfono, televisión interactiva, una web o un portal del internet etc.

Es tácita cuando la oferta se realiza mediante hechos cuya ejecución permite inferir la voluntad del oferente de querer contratar, Ospina pone el ejemplo del inquilino que ofrece a su propietario arrendatario pagar la renta mas allá del término de contrato, oferta que implica la intención de prorrogar dicho contrato (Ospina 1998: 163)

Es perentorio nuevamente evaluar lo que menciona Spota inherente a la legislación Argentina, esta utiliza los dualismos de positiva y tácito, así como expreso y tácito en cuanto a lo referido a la manifestación de la voluntad, e igualmente menciona que a nivel doctrinal se usa las expresiones “mediato” e “inmediato” así como también “directa” e “indirecta” (Spota 1981: 255); en esa misma dirección volvemos a comentar lo que expone De la Puente y Lavalle “Existe una orientación moderna en el sentido de sustituir la clásica distinción entre manifestación expresa y tácita, por la de manifestación directa e indirecta” refiriendo mas adelante que el dualismo expreso y directo tiene serias contradicciones pues “Puede haber, no obstante, declaración directa que no sea expresa, como cuando calla quien debe hablar, admitido es claro, que hay declaración en silencio” (De la Puente y Lavalle 1996: 231).

El otro dualismo que se cuestiona es la ligazón de la comunicación inmediata a la presencia y los que no podían estar en comunicación inmediata con la ausencia pues indica que “dos personas estando frente a frente no se pueden comunicar de inmediato por no hablar un idioma común o una fuera sorda y no pudiera escuchar las palabras o declaración por escrito por no saber leer” de la misma manera “una persona que se encuentra alejada de otra puede comunicarse inmediatamente con ella utilizando teléfono, la radio y el telefax” (De la Puente y Lavalle 1996: 249-250).

Al respecto las modernas tecnología nos permiten dar cuenta que podemos tener

comunicación o contratación sin presencia humana tal como el caso de las maquinas programadas que nos permite contratar o lanzar nuestra oferta en forma mediata para el hombre (porque el elemento humano se entera después de la operación por algún reporte que hace la maquina), empero inmediata entre las máquinas como es evidente.

Igualmente también tenemos comunicación “semipresencial” humana, es decir cuando en un lado se tiene al elemento humano y en el otro una maquina, las cuales se relacionan, negándolo o dando su consentimiento, tal como si en el primer caso se paga menos, la maquina rechaza o devuelve el dinero y en segundo admitiendo el negocio cuando se ingresa el dinero exacto o mayor a lo programado por la maquina, por el bien o servicio que expide, igual sucede cuando vamos a un centro de ventas automatizado y digitalizado pagamos nuestro dinero y luego “este” nos expende un servicio o un bien. Lo que nos permite proponer para la manifestación de la voluntad, donde se incluye ofertas y otros diálogos contractuales, el siguiente esquema (Página siguiente):

Esquema I

PH con PH

=====		
PV humano	PV humano	
Interactivo	inmediato	Con presencia humana simultaneo en ambos lados
no interactivo	mediato	Con presencia humana no simultaneo PH con MA
=====		
PV humano	PV humano	
Interactivo	inmediato	Con presencia humana en un solo lado MA con MA
=====		
PV de la MA	PV de la MA	
Interactivo	inmediato	Sin presencia humana pero con simultaneidad entre las máquinas
No interactivo	mediato	Sin presencia humana pero puede programarse un plazo

PH= Persona humano

PV Humano=Punta de vista humano

MA=Máquina

PV de la MA = Punto de vista “de la máquina”

El código civil peruano de acuerdo al artículo 141 modificado “manifestación de la voluntad” afirma, esta *“puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita... Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamientos que revelan su existencia”*, asimismo la manifestación de la voluntad puede ser hecha a través de medios tecnológicos sean estos mecánicos, electrónicos u otro análogos donde debe incluirse los medios ópticos y en caso, tal como lo comentamos en un punto anterior, deba cumplir con una formalidad expresa o requiera de firma esta será satisfecha por los medios electrónicos (artículo 141 A).

Finalmente a manera de reflexión en esta parte, nosotros creemos que tanto la formulación de las ofertas sean estas expresas como tácitas, en una y otra forma hay una manifestación entendida clásicamente en la doctrina y legislaciones como “manifestación directa” de las voluntades de las personas, pues al menos en una relación que conduce a un acto jurídico bilateral, porque en esencia lo que se enlaza son los centros de inteligencias y en la que hay coincidencia de voluntades que al entenderse expresa o tácitamente propician la conclusión del contrato, da tal manera que abonamos aun mas con este argumento y en consecuencia desechamos la dualidad que equipara lo expreso con lo directo y lo tácito con lo indirecto.

2.2.1.5.-LA FUERZA VINCULANTE DE LA OFERTA

Partiendo de que “la oferta es aquella manifestación de la voluntad dirigida normalmente a una persona determinada” (Riera Aiso 1985) siendo esta persona el futuro contratante a quien se le invita su aceptación, ello trae a colación al carácter recepticio de la oferta es decir que esta oferta debe estar dirigido a una persona o desde luego a un grupo específico de personas, de tal manera que sólo puede ser aceptada por estas, de ahí su carácter recepticio, no obstante ha de tenerse en cuenta como dan cuenta las legislaciones y cierto sector de la doctrina, que en forma excepcional, o en otras palabras podríamos decir “no normal” tal como lo señala Tuhr citado por De la Puente y Lavalle (De La Puente y Lavalle 1996: 225) “es posible que el destinatario de la oferta sea desconocido y que, por tal motivo, la cuestión tan disputada, de si es posible una oferta al público merece contestación afirmativa”.

Retomando nuestra evaluación sobre la fuerza vinculante u obligatoriedad de la oferta podemos decir en forma general se ha abandonado el criterio absoluto de que la oferta que no contenga plazo de aceptación, permita al proponente el derecho absoluto de retirarla y en consecuencia, hay una desvinculación absoluta del oferente, pues a la luz que nos refiere Jossierand mencionado por Luis Riera, “si bien la oferta pura y simple no es obligatoria, si que lo será aquella que vaya acompañada de un plazo durante todo el cual deberá ser sostenida. Incluso este plazo puede ser tácito y derivado de la

costumbre del uso” (Riera Aiso 1985)

Teniendo en cuenta el último párrafo, deducimos que si bien la oferta no tiene un plazo expreso hay en toda oferta un plazo tácito señalado por las costumbres, los usos o la naturaleza de los negocios, de tal manera que eso hace obligatoria a la oferta, la cual implicará el cumplimiento de lo ofertado con la conclusión del contrato o responder por la denominada responsabilidad precontractual, “que es una responsabilidad específica, distinta de la responsabilidad que emerge de los actos ilícitos y de la contractual” (Castañeda 1978: 85).

Nuestra legislación prescribe en el artículo 1382 que la oferta es obligatoria e inclusive si muriese el oferente o contrajera incapacidad sobrevenida, la oferta no perderá su eficacia (Artículo 1383).

En cuanto a la fuerza vinculante de la oferta, la doctrina nos expone dos teorías: La clásica o Francesa y la teoría Alemana. La teoría francesa, sustenta que la oferta no es obligatoria. La simple oferta no obliga, y si la otra parte hacia quien se dirigió ésta incurre en gastos, con la intención de llevar a cabo el contrato o deja de celebrar otros negocios todo ello lo hace por cuenta y riesgo propio y carga con las consecuencias. La teoría Alemana considera que la oferta es vinculatoria, la sola declaración de voluntad del oferente lo obliga frente a la persona a quien se dirigió la oferta, es decir la declaración unilateral de la voluntad tiene efecto la fuerza vinculante u obligatoriedad de la oferta. (Hugo: 1983)

Pero también existen casos en que la oferta deja de ser vinculante u obligatoria (artículo 1384) “si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarse en cualquier momento antes de su aceptación.”

Asimismo, la oferta puede caducar a tenor del artículo 1385, teniendo en cuenta tres situaciones:

1) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente esta en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.

Lo que implica que no habiendo plazo pero habiendo una relación estrecha entre oferente y destinatario y no hubo asentimiento inmediato la oferta caduca. Utilizando los medios telemáticos, la inmediatez de las partes es más versátil e implica múltiples posibilidades, donde no encontramos plazos o lapsos de tiempo entre la decisión de contratar que puede ser oral o oral-escrita basado en los servicios como el teléfono o fax, no habiendo manifestación de la aceptación por quien tenga que hacerlo usando o no estos medios entendemos que deja de ser vinculante.

2) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no esta en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta del conocimiento.

En este caso son tres variables de la hipótesis, no haber plazo, no estar en comunicación inmediata y el transcurso de un tiempo suficiente, la oferta caducará. En cuanto a los medios telemáticos cuando hay una comunicación o telecomunicación mediata, es decir diferida en el tiempo, en la que hay una ausencia de una de las partes

en el diálogo contractual, por lo que no hay una relación de simultaneidad presencial, sólo se da una sola presencia, la de la parte oferente en espera de una respuesta de la otra parte, en un tiempo mas o menos prudente para aceptar o no, no habiéndola deviene caduca y desvincula al oferente.

3) Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

En este punto, se refiere que hay una retractación del oferente pero la condición para que caduque, y quede desvinculado la oferta, es de que este llegue antes de recibida la oferta o simultáneamente.

En lo referido a los medios telemáticos estos inclusive facilitan la retractación, pues si yo envío una oferta vía aérea o terrestre y creo que no me conviene esa oferta y debo retractarme, bastará el envío de un facsímil y o un correo electrónico; sin embargo Lorenzetti plantea la dificultad de la retractación debido a lo difícil de “establecer con precisión cuando se perfecciona el consentimiento contractual” (Lorenzetti 2001: 186) en los casos de la contratación con tiempo de respuesta o discontinua, a decir de la terminología que emplea este autor, pues primero, no siendo sencillo, ha de definirse la regla técnica y legal (en cuanto a las esferas de control y del conocimiento) que precise en que momento se perfecciona el contrato, tópicos que precisaremos en el próximo capítulo.

2.2.2.- LA ACEPTACIÓN

Al referirse a la aceptación Eugenio Castañeda prescribe por “aquel a quién se ha dirigido una oferta expresa su voluntad de adherirse a ella” (Castañeda 1978: 90). Por su parte De la Puente y Lavalle refiere que por unanimidad la doctrina la define “...como una declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente mediante la cual aquel comunica a este su conformidad con los términos del oferta” (De la Puente y Lavalle 1996: 234-235). Ospina por su parte indica “es el acto de la adhesión a la propuesta por parte de la personas o personas a quienes esta se ha dirigido” (Ospina 1998: 163). Stglitz refiere que la aceptación “es una declaración unilateral de voluntad emitida por el destinatario de la oferta, recepticia, dirigida al proponente, asintiendo la propuesta con la finalidad de perfeccionar el contrato” (Stiglitz 1993: 99). Todos los conceptos refieren que en la declaración de voluntad del destinatario hay una adhesión, un asentimiento, una conformidad con la propuesta o con los términos que declara el oferente dirigido a la conclusión del contrato. Desde otro ángulo, siendo la aceptación de carácter recepticio, esta sólo existirá y el contrato quedará concluido, solamente cuando esta declaración sea conocido por el oferente, tal como dice De la Puente y Lavalle “la aceptación existe a partir del momento de su declaración, pero no es eficaz sino desde que es conocido por el oferente”.(De la Puente y Lavalle 1995: 244)

2.2.2.1.-NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LA ACEPTACIÓN

Partimos de que tanto la oferta como la aceptación son declaraciones de voluntad, por lo tanto su naturaleza jurídica apuntan a una similar argumentación y discusión, la cual

radica en que la aceptación no producirá efectos jurídicos por sí sola, es decir mientras no llegue a conocimiento del oferente de acuerdo al artículo 1373 de nuestro código civil y de lugar a la formación del contrato y desde luego su perfeccionamiento.

Por otro lado, la aceptación como refiere De la Puente y Lavalle no es una simple declaración unilateral para formar el contrato sino que “cobra especial importancia, pues si bien es cierto que el contenido del contrato lo determina el oferente, la formación del contrato es obra del aceptante pues su aceptación constituye la exteriorización de la voluntad común de ambas partes” (De la Puente y Lavalle 1995: 244) es decir la aceptación arrastra todo lo acordado por el proponente mas su adhesión para formar el contrato, constituyéndose el elemento que ultima o que sella el negocio jurídico y desde luego concluye el contrato.

2.2.2.2.-REQUISITOS DE LA ACEPTACION

Para Castañeda: “Son las que siguen: “a)La aceptación deberá ser pura y simple...”, nuestro código civil indica que si la aceptación incluye modificaciones ósea que no sea conforme a la oferta equivale a una contraoferta (artículo 1376) “b)La aceptación debe ser formulada dentro de los plazos convencionales o legales...” ya que la oferta tardía de conformidad con el artículo anterior mencionado, equivale a una oferta, luego el tercer requisito “c)La aceptación debe producirse mientras la oferta este vigente...” (Castañeda 1978: 94)

Por su lado De la Puente y Lavalle, afirma en cuanto a los requisitos de la aceptación y creemos cumple con el cometido de la formación del contrato, siendo lo siguiente lo que expresa:

a) Que sea congruente con la oferta o que satisfaga su completitud, es decir deban coincidir por completo con la oferta para que sea una declaración conjunta de voluntad. b)Que sea oportuna, lo que significa que esta deba ser hecha a tiempo teniendo en cuenta el plazo fijado por el oferente o por la ley c)Que este dirigido al oferente, ya que esta en la practica es una respuesta a la propuesta del oferente d)Que contenga la intención de contratar, es decir cale en el aceptante de que verdaderamente quiera eso e)Que igualmente guarde la forma requerida, es inherente a observar la formalidad requerida o también cuando la oferta así lo requiera (De la Puente y Lavalle1996: 235-237).

Requisitos mas que suficientes en cuanto la obligatoriedad de respetar la forma que requiera el contrato, superando a lo que prescribe Lacruz Berdejo, quien expresa que la aceptación para dar lugar al acuerdo contractual;

debe dirigirse a la persona del oferente, coincidir perfectamente con este y ser expresiva de la intención de concluir el contrato propuesto, correspondiéndole por tanto, los mismos caracteres de recepticio, completo, definitivo ya indicado para la oferta...y ha de producirse, además, mientras la oferta continua vigente... (Lacruz Berdejo 1994: 396).

Haciendo un análisis de nuestro código civil decimos que la aceptación debe ser pura y simple y cualquier variación o modificación a lo enviado por el oferente podrá ser interpretado como una contraoferta (artículo 1376), o sea que debe respetar los términos legales e igualmente convenidos. Por otro lado expresa, que la aceptación debe llegar al

conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por el artículo 1375. Pudiendo ser esta aceptación tácita o advertida por el silencio circunstanciado de conformidad con los artículos 1380 o 1381.

2.2.2.3.-EL SILENCIO EN LA ACEPTACIÓN

Se refiere como el silencio pueda constituir o tenga el carácter de aceptación de la oferta o su rechazo, interesándonos el primer caso para la conformación del contrato definitivo. Al respecto nuestra legislación en el artículo 142 expresa “el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen este significado”, y siendo que el artículo 1380 del código civil prescribe “cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa...” concluyendo prosigue en el momento y lugar que comenzó la ejecución, en ese sentido es loable consignar los ejemplos que nos describe el maestro Eugenio Castañeda, con respecto a la solicitud del oferente “Si X le pide al hotelero Z que reserve el alojamiento para un día señalando, sino recibe aviso en contrario. No existiendo aviso, el negocio se reputa concluido.” En la otra situación, por la naturaleza de la operación siendo que en ciertas temporadas un industrial acostumbra remitir sus productos a su cliente y el otro siempre lo recibe sin ningún contratiempo y pague por su calidad y la aceptación que tiene de su público demandante e incluso ello ha logrado hacerse una costumbre, Castañeda pone como ejemplo “un industrial acostumbra remitir sus productos todos los años a un cliente. Este los paga en la época oportuna. Si dicho cliente no quiere recibir más los productos debe hacerlo saber sin demora al industrial” (Castañeda 1978: 91), está claro que si no lo hiciera se reputará el contrato concluido. En el caso del artículo siguiente (artículo 1381) “si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación”. Si llega un ofrecimiento de negocio a mi casa y yo después de analizar convengo que es conveniente y envío mi oferta a aquel que me invitó, si este no se rehúsa inmediatamente pasado el tiempo considerado inmediato significará concluido el contrato. Todos los casos se ajustan al artículo 142, es decir a lo convenido por la ley o convenio de las partes, es decir en cualquier caso distinto no habrá aceptación. De la Puente y Lavalle pone ciertas reglas que merece tenerse en cuenta:

1) El silencio del destinatario debe considerarse, salvo disposición expresa en contrario, como rechazo de la oferta. 2) Las partes pueden convenir en un contrato preparatorio (compromiso de contratar, contrato de opción o mediante cualquier otra convención válida) que el silencio del destinatario tendrá el carácter de aceptación de la oferta del contrato definitivo. 3) El silencio será considerado como aceptación si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbra la aceptación oferta (De la Puente y Lavalle 1996: 244).

2.2.2.4.-OBLIGATORIEDAD DE LA ACEPTACIÓN

Una vez tomado conocimiento y asentido por el destinatario, este manifestará su voluntad consistente en la aceptación de la oferta, siendo obligatoria la aceptación después que sale de la esfera o del resguardo del destinatario no obstante esta puede dejar ser obligatoria cuando hay una retractación de este, permitiéndose la retractación “antes de

que la aceptación hubiere llegado a conocimiento del oferente, porque hasta ese momento es evidente que el oferente no ha experimentado daño de ningún género” (Castañeda 1978: 96), remitiéndose este autor al 2o. Párrafo del artículo 1328 del Código Civil Italiano: “La aceptación puede revocarse con tal que la revocación llegue a conocimiento del proponente antes de la aceptación”. Considerándose la aceptación como inexistente a tenor de lo expresado por el artículo 1386 de nuestro código civil en vigor “Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante”.

2.3.- EL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

El contrato es un acto jurídico plurilateral, es decir donde intervienen como mínimo dos partes, siendo esta última posibilidad la que nos convoca en relación a nuestro estudio, por lo que su perfeccionamiento significa que las partes, han reunido sus voluntades, estableciendo coincidencias y dejando sus divergencias, pero ello no trae consigo una suma de voluntades o una juntura paralela de voluntades, sino que hay una confusión de voluntades manifestadas por la oferta del proponente que es aceptada por el destinatario que se traduce en una voluntad común contractual, independientes de las voluntades individuales o aisladas, en ese instante podemos decir que el contrato ha nacido o ha concluido el itinerario contractual.

El español Riera, expresa “el contrato brota de la unión del consentimiento de las partes contratantes”. Añadiendo que el proceso de formación de los contratos se inicia con las conversaciones previas, criterios preliminares agrupados en actos preparatorios y las puntuaciones o puntos extremos del contrato que luego constituyen las cláusulas, siendo muchas veces que los actos preparatorios del contrato desaparecen por completo identificándose con el momento de su perfeccionamiento y otras veces en cambio, la unión de los consentimientos suele ir incorporado a la conjunción de la oferta y la aceptación de la misma. (Riera Aiso: 1985).

En cuanto a la denominación de ese estado del contrato, entre los tratadistas y legisladores encontramos que las denominan *perfeccionamiento* contractual, otros emplean el término *conclusión*, es decir corresponde cuando el contrato ha quedado formado o listo para el cumplimiento de sus efectos o consecuencias jurídicas. Castañeda usa indistintamente la terminología de perfeccionamiento o conclusión, similar terminología usan algunos tratadistas españoles consultados Carrascosa y Davara Rodríguez.

La Legislación comparada -código civil español- utiliza el término perfeccionamiento para ese estado, así el artículo 1258 prescribe “los contratos se *perfeccionan* por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias...”. El código civil Argentino en el artículo 1140 emplea el término correlativo a *conclusión*, así “Los contratos son consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiera sobre la forma de los contratos, queda *concluido* para producir sus efectos propios...”. Nuestro código civil peruano utiliza ambos

términos, así “*perfeccionamiento*” lo encontramos en los artículos 1352, 1373, 1379, 1549 y “*conclusión*” en los artículos 1380, 1427.

De otro lado el código civil peruano de 1984 se ciñe por el principio consensual pues tomando en cuenta el artículo 1352, se establece que los contratos son consensuales, es decir estos se perfeccionan con el simple acuerdo de voluntades, a diferencia del código de 1936, que regulaba los contratos denominados contratos reales cuyo perfeccionamiento sólo se lograba con la entrega del bien, tal como acontecía con los contratos de depósito, mutuo o comodato, de tal manera que en la situación actual contractual, el perfeccionamiento coincide con la conclusión.

Sin embargo, no debemos olvidar que si bien los contratos se perfeccionan con el simple acuerdo de voluntades de las partes, no podemos perder de vista que hay algunos contratos (regulada por nuestro código civil por excepción) en las que se establece que algunos de ellos deben observar una formalidad establecida, en consecuencia el contrato no quedará perfeccionado o concluido, mientras no se cumpla con dicha formalidad, a saber, el artículo 1352, prescribe “*El contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley, bajo sanción de nulidad*”, así como tampoco se considera acabado el contrato cuando no se pongan de acuerdo en todos sus extremos e inclusive los accesorios “No hay contratos mientras las partes no estén conformes sobre sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria” (artículo 1359).

Así, son varios los contratos que deben cumplir con la formalidad legal ad solemnitatem bajo sanción de nulidad, la donación de bienes muebles cuyo valor excede a los 25% de la UIT debe constar necesariamente por escrito (artículo 1624) de fecha cierta; el mutuo entre cónyuges debe constar en escritura pública (artículo 1650); el secuestro debe constar por escritura pública (artículo 1858); la fianza debe constar por escrito (artículo 1871). La Renta vitalicia debe constar por escritura pública (artículo 1925), entre otros contratos que señala nuestro código civil.

En tal sentido podemos decir que los contrato como compra venta, permuta, suministro, arrendamiento, locación de servicios, obras, depósito y otros no típicos son de naturaleza consensual y se ciñen en general por dicho principio.

En cuando (en que momento) y donde (en que lugar) se perfecciona el contrato, la doctrina y la legislación mayoritaria del siglo pasado salvo algunos, ha consagrado el divisorio de la contratación entre presentes y ausentes.

Al respecto Riera expresa:

Si la contratación tiene lugar entre presentes la conjunción de la oferta y de la aceptación se realiza sin dificultad alguna. La cuestión ofrece mayor trascendencia en los supuestos llamados de contratación entre ausentes (Riera Aísa: 1985).

Messineo por su parte: “Cuando un contrato se forme entre presentes, coincide con el momento mismo en que la declaración de aceptación es emitida...” agudizándose este problemática cuando es entre personas distantes”... (llamadas, también, contrato entre ausentes, o por correspondencia...)” (Messineo 1979: 462).

Castañeda expresa:

Si el contrato es entre presentes, o sea entre personas que se comunican de viva voz,... es inobjetable que el contrato se forma cuando la aceptación se produce. Por lo contrario, existen dificultades si el contrato se celebra entre ausentes...entre personas que se encuentran en lugares diferentes (Castañeda 1973: 163-169)

refiere que en estos caso existen diferentes doctrinas para resolver esta situación

No obstante De la Puente y Lavalle expresa que el codificador de 1984 están abandonando los conceptos de presencia y ausencia y lo sustituyen por los de comunicación inmediata y de falta de comunicación inmediata, obviando el término mediato (De la Puente y Lavalle 1993: 250), divisorio que si bien puede darnos una concepción real, creemos es insuficiente ante el embate de versiones tecnológicas donde la contratación se puede realizarse automáticamente entre máquina y donde la persona humana, en el sentido estricto, no interviene inmediata en la formación contractual, mas sólo en el cumplimiento de los efectos o consecuencias del contrato.

En resumen desde la perspectiva de estos doctrinarios, expresamos cuando las partes están presentes y por tanto no habiendo distancia mas bien una relación cara a cara, la oferta y la aceptación se realiza sin problema alguno, generalmente la formulación se hace por la vía oral o verbal, mas no es el caso cuando entre las partes media una distancia y en consecuencia algún tiempo, desde que se acepto la propuesta y se pone en conocimiento al oferente, la cual concurre tan igual como la clásica contratación hecha por escrito utilizando una correspondencia postal, una carta u otro medio similar, no existiendo en la doctrina un criterio único para saber en que momento se perfeccionó el contrato, mas bien existen diversos sistemas o doctrinas que las legislaciones adoptan según las coincidencias y tendencias de su legisladores, y es en esta segunda situación el énfasis que pone la doctrina para evaluar el momento en que se concluye el contrato.

Sin embargo, es menester analizar la contratación por teléfono, dado su peculiaridad, de estar lejos físicamente pero cercano en el trato oral, este no enmarca en estricto, en estos dos tipos de contratación y por tanto se presenta dificultad en determinar cuando la contratación puede ser considerada como entre presentes o ausentes, siendo esta modalidad de contratos, la que ha tenido una suerte de evaluación por la doctrina y plasmación por las legislaciones del siglo anterior, reconociéndole la mayoría, dada su peculiaridad, como una contratación entre presentes

Riera Aisa escribe:

Algunos casos presentan dificultad en la determinación de si la contratación puede ser considerada entre presentes o ausentes, a los efectos de la perfección del contrato. Nos referimos concretamente a la contratación por teléfono, en lo que puede argumentarse en ambos sentidos, si bien es justo reconocer que la mayoría de la legislación parece inclinarse por considerarla como una variedad de la contratación entre presentes (Riera Aisa: 320)

Messineo al referirse al contrato telefónico realizado por medio del *coloquio directo* expresa:

según la opinión corriente, la solución no puede ser unitaria. Desde el punto de vista del momento, el contrato se considera estipulado entre presentes, ya que

no transcurre un apreciable intervalo de tiempo entre declaración de la aceptación del destinatario y la toma de conocimiento de éste por parte del proponente (Messineo 1979: 464)

Manuel Albalalejo, prescribe:

tratándose de contratos entre ausentes que están en comunicación actual y directa (así por radio por teléfono etc.) aplicando la misma regla se perfecciona inmediatamente, puesto que la recepción se produce inmediatamente (Albalalejo 1996: 399)

La doctrina nacional, asimilado por Castañeda señala que tan igual que el código civil de 1936 todos los códigos modernos como el Alemán, Suizo, Brasileño, Chino, Polaco y Turco lo consideran como si se tratara un contrato entre presentes. (Castañeda 1973: 173). El artículo 4 del código de las obligaciones Suizo prescribe que el contrato realizado por teléfono será considerado como presentes si las partes han estado en permanente comunicación. El artículo 1805 del código civil Mexicano tiene el mismo criterio. (Riera Aisa 1985). Nuestro código civil de 1936 en su segundo apartado del párrafo primero del artículo 1330 establece que la comunicación telefónica se considera como presentes, siendo esta forma de intercomunicación telefónica como el primer vestigio de la contratación por medios electrónicos.

Otra forma de contratación precursora de la contratación por medios electrónicos es la contratación por telégrafo, la cual también se incluye en las legislaciones. Así el mismo código civil mexicano en el artículo 1811 establece que la contratación por telégrafo sea avalada siempre y cuando las partes acostumbren a realizarlo por estos medios con sus señales o signos convenidos. (Riera Aisa 1985). El código civil peruano refiriéndose a la contratación por correspondencia telegráfica sigue el mismo trato de que ha sido celebrado por correspondencia postal.

La contratación por telégrafo importa desde la perspectiva que hay un lapso de tiempo entre la oferta y el consentimiento, en función de concluir el contrato, siendo estos contratos realizado por la formulación escrita indirecta pues media un operador, a diferencia de los símiles modernos como el facsímil, correo electrónico que nos permite en general operar personalmente y en consecuencia la formulación es escrita y directa, en estos casos el momento de la conclusión contractual se ceñirá según al artículo 1373 del Código Civil peruano en el lugar y momento del oferente. Deberá tenerse en cuenta que este tipo de contratos que son mediatos o diferidos, también puede ser realizado por la vía oral utilizando medios electrónicos modernos, tal como el correo de voz, siguiendo el mismo tratamiento que su par escrito.

Siendo estas dos formas primigenias (teléfonos y telégrafos) precursoras de la contratación por medios electrónicos digitales. Empero si bien la contratación realizada por teléfono ha dado soluciones legales bastante viables y aceptadas en las legislaciones del siglo pasado al ser considerados contratación entre presentes, Lorenzetti estipula que "es una simplificación que no brinda soluciones adecuadas" (Lorenzetti 2001: 191) en los contratos electrónicos, proponiendo una serie de pasos para desbrozar la cuestión que lo resume en discernir cuando un contrato es celebrado entre presentes o entre ausentes (2.3); fijar los criterios de distribuir los riesgos (2.3.1) y aplicarlos en los contratos electrónicos cuyos aspectos lo hemos asumido en diferentes tópicos de este trabajo.

En cuanto al lugar y al momento del perfeccionamiento contractual en los tiempos de la <<tecnoglobalización>> donde se alzapriman la contratación por medios electrónicos, ello tiene singular importancia en las relaciones entre países que dan diferentes vertientes del análisis contractual cimentada sobre una realización estática y otra dinámica, la primera se resuelve con mayor facilidad pues los contratos se sitúan en puntos fijos, además de ser presencial e inmediatos, es decir las partes concurren al mismo tiempo y en una localidad o país no habiendo conflictos de leyes para discernir que ley deba regir al contrato, la problemática se presenta en la connotación dinámica y entre países, es decir cuando las partes están en puntos diferentes y aun siendo variables su estancia física y horaria, diferencias de acuerdo a la localización del país, tal como es el caso de contratar desde un avión con otro en plena navegación, desde un barco en alta mar con otro similar o también desde un tren a 500 km. por hora a un centro petrolero en la selva amazónica o un centro minero.

Como vemos, en esta época de <<tecnoglobalización>> de las relaciones, donde se insertan los contratos electrónicos estos presentan diversas características coincidiendo con el tratadista Argentino Lorenzetti A) Hay una <<telepresencia>> en estricto no hay presencia física sino la interrelación de intelectos acercada por las tecnologías B) El tiempo o los momentos del diálogos contractuales, pueden ser instantáneos-sucesivos o no, aspectos que no sólo acentúan la problemáticas del perfeccionamiento contractual, sino en los efectos o consecuencias de los contratos debido a las diversas aristas que presenta el acto de contratar tal como los referidos a los asuntos tributarios, aduaneros, pagos, competencia ley aplicable, el carácter nacional o internacional del contrato, entre otros que no son materia de nuestro estudio, pero es menester referirlos.

2.3.1.- MOMENTO DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

Deduciendo del punto anterior la contratación no implica mayores problemas cuando es entre presentes a diferencia de la contratación entre ausentes, “pues normalmente el lugar en donde se formula la oferta es diferente de aquél donde se produce la aceptación” (Arias Shereiber 1988: 135), coincidiendo en esto con otros autores, tal como Riera Aisa, Messineo, Albaladejo, Castañeda, De la Puente y Lavalle, sumándose a estos, Ospina, quién manifiesta que para determinar el momento en que se forma las convenciones consensuales, hay que distinguir entre las convenciones verbales y por correspondencia. En el primer caso la comunicación verbal puede ser realizado oralmente entre las personas presentes, asimilando a ello a la comunicación por teléfono o radio (relación <<telepresencial>>), no hay problema expresa, acerca del momento en que se perfecciona, porque la oferta se acepta en el acto de oírse el contrato y queda concluida inmediatamente, con pleno conocimiento de ambos interesados. Igualmente asimila la situación cuando la oferta importa un plazo determinado para la contestación y el destinatario la acepta verbalmente dentro del mismo plazo. (Ospina 1998: 166).

En cuanto a los contratos por correspondencia hay que ver manifiesta este último autor, si las partes se encuentran en lugares distintos, y es necesario resolver si dicho contrato se perfecciona con sólo la aceptación, aun antes que esta sea conocida del proponente (teoría de la agnición), o si, por el contrario, también se requiere que este

último quede informado de la aceptación (teoría de la cognición) (Ospina 1998: 168).

En el caso de los diálogos contractuales con respuesta diferida o no inmediata-sucesiva, las partes pueden soportar riesgos, tal como lo dice Lorenzetti “que pueden ser entre otros, la muerte, la incapacidad o la quiebra, del oferente o del aceptante, o la retractación” (Lorenzetti 2001: 193). Al respecto son diversas los sistemas, teorías o reglas que tratan de absolver esta situación en forma doctrinal que son recogidas por las legislaciones, y que se resume en estos criterios a) *teoría de la declaración* llamada también de la aprobación o manifestación “se habrá producido la aceptación y por ende perfeccionado el contrato, en el momento que el recipiario declara que se atiene a la oferta” b) *teoría de la expedición* establece que no basta que el recipiario o destinatario manifieste su voluntad de aceptar la propuesta del oferente, es necesario que sea comunicada, desde ese momento se habrá perfeccionado el contrato, c) *la teoría de la recepción*, asume que el contrato queda perfeccionado en el momento en que el oferente recibe la aceptación, tome o no conocimiento; y la d) *la teoría del conocimiento o de información*, o cognición, esta considera que el contrato queda perfeccionado en el momento que el oferente toma conocimiento o se informa de la aceptación.

El código civil peruano de 1984 adopta la teoría del conocimiento concluyendo el contrato en el momento que la aceptación es conocida por el oferente (artículo 1373), empero presumiéndose su conocimiento con la recepción en la *dirección del destinatario* (artículo 1374), aspectos que serán abordados con mayor precisión en el acápite del perfeccionamiento contractual y en lo referido al sistema de contratación por medios electrónicos (3.5.2.1), por ahora podemos asumir de acuerdo a Arias Shereiber y en referente a la posición de nuestro código (primer párrafo del artículo 1374), que la fórmula adoptada por nuestro código civil es “una mezcla de los sistemas del conocimiento y recepción” (Arias Shereiber 1988: 138)

2.3.2.- LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

Para determinar el lugar donde queda perfeccionado el contrato cuando hay una relación entre ausentes, la solución igualmente se consigna los artículos 1373 y 1374 del código civil, es la del lugar del oferente que conoce de la aceptación presumiendo el conocimiento cuando llega a su dirección, siendo viable esta situación cuando los contratantes residen en el mismo lugar o país, teniendo en cuenta que están sujetas a una ley nacional o local, al respecto algunos autores tales como Lorenzetti manifiesta en lo referido a la contratación por medios electrónicos, que existe un espacio virtual que produce un proceso de desterritorialización, bajo este punto de vista debe haber una legislación y una jurisdicción especial, sin embargo, afirma el tratadista:

... si el negocio jurídico fue celebrado por una persona que tiene domicilio en el país, con una empresa que tiene su domicilio social en el país o dicho negocio tiene como lugar de cumplimiento el mismo país, no tiene mucho sentido sostener que el lugar de la celebración de la operación ha sido un espacio virtual ajeno al mundo real (Lorenzetti 2001: 199)

De tal manera que la solución se presenta fácil cuando las partes se ubican en un solo

país; acentuándose esta problemática, cuando las partes residen en países distintos y con diferentes leyes, pues persiste la duda en el sentido de saber donde se perfecciona el contrato, la cual merece un análisis más exhaustivo cuyo desarrollo corresponde por razones metodológicas y su amplitud en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III. SISTEMA DE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

3.1.- ELEMENTOS PECULIARES

La contratación por medios electrónicos es un sistema de contratación peculiar basados en las tecnologías telemáticas que les sirven como ayudas, auxilios o elementos que intermedian para que las partes o personas puedan manifestar su voluntad y contratar (el artículo 141 expresa que la manifestación de la voluntad puede ser “través de cualquier medio... manual, mecánico, electrónico u otro análogo”), cuya peculiaridad es el uso de un sistema *transmisor electrónico / digital* usada por el emisor humano *iniciador* (artículo 2.c de la LMCE) o agente capaz oferente de la propuesta contractual, un medio de transportación que es la vía por donde fluye la información o datos llevando el mensaje contractual y el sistema receptor electrónico/ digital que es el destino del mensaje enviado por iniciador oferente al destinatario; en ambos lados emisor y receptor interactúa el elemento humano o agente capaz, o también su intermediario humano o tecnológico (contratos entre máquina), que en buena cuenta significa que esta forma de contratación

sólo se ha potenciado el medio tecnológico, pues el agente capaz o elemento humano en estricto no ha cambiado en su constitución psíquica ni somática, pues sigue siendo el mismo cerebro, razonamiento inteligente, conciencia y voluntad, al que sólo se agregó el medio tecnológico para gestionar la acción que conlleve al acto jurídico contractual.

Concuerda con ello la Dra. Rolero, mencionando a Allende “La voluntad humana sigue siendo la base de todo acuerdo, lo que se modifica con el avance tecnológico son los medios por los que se manifiesta las ofertas y sus aceptaciones”. (Rolero 2001). Concluyendo que el contrato por internet sin elementos extranacionales, se consideran perfeccionados con el intercambio entre la oferta y la aceptación, sin cambio o modificaciones de la misma. La voluntad de las partes de contratar va ser exteriorizada a través de la computadora y las telecomunicaciones utilizada en forma combinada De tal manera que el presente tópico analiza al subsistema transmisor que permite al oferente expresar su voluntad, la oferta; el subsistema receptor – destinatario, que permite la aceptación y los medios tecnológicos electrónico digitales.

3.1.1.- DEL TRANSMISOR Y LA EMISIÓN DE LA OFERTA

Es un sistema tecnológico que hace posible la emisión de la voluntad (oferta), esta integrado por los sistemas de información y de telecomunicaciones, donde confluyen y se incluye tanto los subsistemas tecnológicos de conmutación y transmisión, plataformas de redes físicos y virtuales, software especializados, programas que hacen posible generar, recibir, archivar o procesar de alguna forma mensaje de datos de conformidad con el artículo 2 Definiciones de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, “... f) Por ‘sistemas de información’ se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar, o procesar de alguna otra forma mensaje de datos”, equivalente al Artículo 2 de las definiciones del PLEY; que en buena cuenta conlleva el dialogo contractual. Todo este sistema converge en un punto del sistema de información, EDI, correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax e inclusive el teléfono, que son los puntos de confluencia de la inteligencia natural y la “inteligencia artificial” de los agentes que emiten su voluntad contractual, cuya capacidad varía de acuerdo al grado de sofisticación de la tecnología que lo soporta, así, si usan el teléfono común y corriente de la red pública, estaríamos ante un terminal *tonto* con escaso vestigios de “inteligencia artificial”, salvo el timbrado que nos indica que no están llamando, alzaprímándose la inteligencia natural, pues el agente usa el esplendor de su inteligencia para concertar el dialogo contractual e igualmente en la misma situación se encontraría su contraparte.

Similar situación se produce cuando se usa telegrafía o el facsímil donde se incluye el casi desaparecido telex, pues estaríamos privilegiando la inteligencia humana en la emisión de la voluntad por sobre la “inteligencia artificial”, viable por sistemas de redes hilo de cobre, cable coaxial, cable óptico terrestres o submarinos, enlaces satelitales que se extiende en toda interrelación de telecomunicaciones y cuya calidad depende del estado tecnológico del sistema Transmisor / emisor.

Por otro lado, privilegiando a la “inteligencia artificial”, existe una serie de servicios y productos que hacen posible la contratación con mucho mayor versatilidad, tal como con el uso de un terminal móvil satelital con acceso a Internet que posee una serie de

facilidades tecnológicas que incluyen acceso a conversaciones para dialogo contractual por internet, video conferencia, correo de voz, que le permite transmitir voz, datos, imágenes etc. dando mayor comodidad y objetividad al agente humano para emitir su mensaje de datos o dialogar contractualmente; siendo el caso de mayor sofisticación en automatización, el uso de una PC con software especializados en su sistema interno de información, que interactuando con sistema de redes inteligentes integrado al sistema de telecomunicaciones, pueda generar y enviar mensajes contractuales y aun concertar sin necesidad de la intervención humana inmediata, es decir estaríamos ante un emisor automático programable (existiendo alguno equipos <<autoprogramables>> es decir en un grado superlativo de sofisticación) que basados en ciertos parámetros o variables pueda emitir una voluntad a su contraparte distante e incluso también automatizado y entre ambos llegar a concluir el contrato; se estaría en este caso ante un emisor-oferente y un receptor-destinatario no presencial en el sentido de la estancia física o en otras palabras estaríamos en un caso de ausencia humana inmediata. (Artículo 13 - Atribución de los mensajes de datos (...) b) Por un sistema de información programado por el remitente o en su nombre para que programe automáticamente del LMCE y la PLEY) y sustentada por la guía del UNCITRAL para el mismo artículo.

3.1.1.1.-LA OFERTA POR MEDIOS ELECTRONICOS

Tal como lo definimos en el capítulo anterior la oferta concordante con la doctrina es una declaración unilateral cuya característica es de ser recepticia, es decir dirigida a persona determinada, no obstante coincidiendo con nuestra legislación y la doctrina extranjera mencionada, las ofertas realizadas al público se incluyen como ofertas, en el caso peruano, cuando expresamente el proponente lo indica, en caso contrario estaríamos ante simples invitaciones a ofrecer, así lo ha resuelto nuestro código civil (Artículo 1388 2do. Párrafo). En España se aclara esta situación en la ley 7/1996 de Ordenación al comercio Minorista, en su artículo 9.1 señala “La oferta pública de venta a la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta”, que nos permiten incluir las ofertas en una web o en un portal como verdaderas ofertas, pues sería equiparable, como si pusiera el producto y un precio en una vitrina física ofreciendo bienes o servicios.

La legislación Argentina igualmente con la vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 7 (Ley 24.240), dispone expresamente que la oferta dirigida al público en general (consumidores potenciales indeterminados) obliga a quién lo emite. Lo que significa una modificación del artículo 1148 del Código Civil Argentino que establece que la oferta debe realizarse a persona determinada. Asimismo deroga el artículo 454 del código de Comercio Argentino que dispone “Las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho” (Rolero 2001).

El código civil federal Mexicana reformada del 29 de mayo del 2000, en el artículo 1811 se refiere taxativamente “la validez en general de la propuesta y aceptación hechos a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, remarcando el artículo 1834 que se tendrán por cumplidos mediante al utilización de estos medios electrónicos...”, no encontrando sin embargo en la reforma las cuestiones de la oferta publica, que presumimos son tratados a cabalidad en otra parte de su

articulación civil o legislación especial.

En el caso peruano sumado a lo acotado y en lo referido a la validez de la oferta, ofertada valga la redundancia, por tienda virtual o por medios electrónicos, el código civil de 1984 primigenio no concebía la oferta por estos medios y por tanto no los menciona, en todo caso se refiere al término oferta en el sentido físico la cual por analogía quepa perfectamente y no habría problema de no considerarlo como una verdadera oferta, no obstante la modificatoria especificada en el artículo 1374 habilita taxativamente la plena posibilidad del uso por estos medios. El artículo 11 del LMCE coincidiendo con el 11 del PLEY expresa “En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medios de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato con la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos” lo que significa la plena conformación de una oferta contractual por medios electrónicos y su consiguiente validez y eficacia legal.

3.1.1.2.-REQUISITOS DE LA OFERTA

Al ser análogo en su función y validez la oferta debe cumplir con ciertos requisitos, tal como lo sustenta Manuel de la Puente y Lavalle a) Que sea completa, en el ámbito electrónico dado la lejanía física de la parte aceptante, si no es así, esta parte no tendría más que opción que proceder con una clave o “teclear” sobre un icono para aceptar y quedar concluido el contrato, sin ninguna posibilidad de negociar las cláusulas del contrato.

En el caso de cumplimiento de las ventas por internet nos indica que deben mostrarse las características especiales de los productos en forma inconfundible, veraz, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario lo que concuerda con los artículos 15 (información sobre productos y servicios ofertados), 20 (Publicidad de los productos y servicios) de La Ley de Protección al Consumidor D.Leg. No. 716 correlativo al Título Cuarto de la información en la oferta de bienes y servicios.

En cuanto al precio, de acuerdo a nuestra legislación este puede ser determinado o preciso o determinable en forma inequívoca (artículo 1547), requisito o elemento fundamental en la formación de un contrato de compra-venta (artículo 1529) y la cual debe estar establecido y exhibido de manera fácilmente perceptible para el consumidor, tratándose de una web, portal o correo electrónico de conformidad con el artículo 17 del D.Leg. 716)

En lo referente al pago del precio, deberá realizarse en el momento, manera y lugar pactado; en cuanto a la manera o modalidades del pago del precio, podrá acomodarse de acuerdo a las prerrogativas pactadas o disponibles por la tecnología, tal como dinero común y corriente, dinero efectivo electrónico, tarjetas electrónicas, cheques electrónicos, cartas de crédito, transferencias bancarias etc.

Las entrega del bien podrá hacerse de dos formas generales que nos permite la tecnología, una en forma atómica “off line” y otra en forma electrónica digital “on line”, en la primera es la tradicional cuando se trata de bien físico trasportándola por los medios conocidos, la cual legalmente debe tenerse en cuenta en la oferta, dado que existen diversas opciones a los clientes debido a la distancia, el costo y la rapidez en la recepción

de producto. En la forma electrónica digital la entrega se hace en línea siendo el único bien a transportar el software o también algún diseño de producto o productos constituido por bits, en la forma digital.

Al respecto, una oferta *completa* significa que no se deje nada pendiente, la cual debe ser mirado con mayor cuidado en el ámbito electrónico, es decir además de ser redactados pulcramente, con un lenguaje sencillo o entendible y la información sea veraz, esta deberá ser contenida para el acceso o su remisión en lo posible en un solo envío, sin desviarnos a un link u otros web complementarios. El código civil federal de México reformada y correlativo a los derechos de los consumidores, dispone en lo concerniente a las relaciones entre proveedores y consumidores usando medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, lo siguiente: artículo 76 bis, punto III: “El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio fiscal, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentar sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones”, punto V “El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor”, punto VII “El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de ventas o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos”

b) Que contenga intención de contratar, es invariable para una oferta física o virtual.
c) Que sea conocida por el destinatario, en este caso el hecho de que el mensaje sea conocido por el destinatario implica el conocimiento o determinación a quien se dirige la oferta, ello concordante con el carácter recepticio de la oferta, que implica que haya un procedimiento de autenticación previa o que a través de un tercero proveedor de servicios quien conoce al destinatario (identificación) lo cual no será aplicable a un mensaje de datos transmitido a través de una red abierta al público en general es decir propuesta en una web o portal (Artículo 13 de LMCE y PLEY) salvo las prerrogativas salvadas por el código civil en el artículo 1388 d) Que tenga la determinación del oferente, es el sentido inverso del requisito anterior, es decir la oferta deberá identificar al oferente para que el destinatario sepa con quien va a contratar.

En general y en el caso de venta vía internet, ha de tenerse en cuenta la identidad del oferente vendedor, como agente capaz de contratar, sea esta persona natural o jurídica, el lugar de su domicilio o domicilios habiendo filiales o varias residencias relativo al lugar o ubicación física teniendo en cuenta que el contrato se perfecciona en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (artículo 1373) y concordante con el comentario del artículo 15 de la Guía de UNCITRAL de la LMCE, en relación a la contratación electrónica “..es importante determinar el tiempo y el lugar del recibo de información. El empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar ”. reflexionando sobre este último la problemática se presentaría con mayor énfasis en las tiendas virtuales o expendios de ventas virtuales, que como es lógico, no es un lugar físico, donde se pueda recurrir materialmente y efectuar nuestros reclamos.

e) Que cumpla con la forma que corresponda habiendo una formalidad ad solemnitatem, cuyo incumplimiento se sanciona con nulidad, ha de tenerse en cuenta para estos casos, la disposición contenida en la Ley No. 27291 referida al artículo 141A,

donde se equipara la funcionalidad de los medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo tan igual que los medios tradicionales de papel.

A todo ello hay que agregarle el requisito del plazo de la oferta, cuyas condiciones se mantengan dentro del medio electrónico por un tiempo mas o menos adecuados, sea esta web, portal o e-mail, evitando puedan ser modificados de manera unilateral alguna cláusula o todas las cláusula, cambiando las condiciones iniciales del contrato, ello debido a la facilidad de cambiar una página web y por ende las condiciones del contrato las cuales pueden alterar la condición que gusto al cliente, y es más, por ello se decidió a comprar o a contratar, caso contrario no lo hubiera hecho o lo hubiere hecho en otras condiciones. Por ello expresa Ribas Alejandro, citado por Rico Carrillo “En razón de ello hay quienes recomiendan vincular el plazo de validez de la oferta hasta el tiempo que la Web permanezca sin modificar, de manera que no se podrá cursar pedidos que se acojan a condiciones de ofertas anteriores” agregando por lo mismo “Siendo esta solución bastante acertada, pensando que lo correcto es establecer un plazo fijo de validez de la oferta aun cuando sea breve (pensando en la actualización constante de la pagina Web) con el objeto de no dejar a los futuros compradores en situación de incertidumbre con respecto a las condiciones ofrecidas” (Rico 2000).

3.1.1.3.-PROBLEMÁTICA DE LA OFERTA PME

Debemos tener en cuenta dos estancias virtuales, para ofertar un bien o servicio, una por oferta abierta, tal como las contenidas en una web o portal, superada por supuesto el cuestionamiento de ser “una invitación a ofrecer”, y otra, la que puede ser ofertada por un e_mail; el problema se presenta en precisar, siendo uno de los requisitos de la oferta, la determinación del oferente, es decir, aparte de la identificación del oferente, la dirección o localización física o del lugar de donde se emite la oferta, que es fundamental en toda relación contractual, no obstante que no es impreciso, es insuficiente la existencia en el internet, del sistema DNS en la cual por medio de la ccTLD, identifica el país a quien pertenece la persona jurídica o persona natural que emite la oferta, presumiéndose que la oferta se tendrá por hecho en el país incluido en el nombre del dominio respectivo. Concordante con ello manifiesta Rico Carrillo:

es cierto que en algunos es posible conocer el país de donde la oferta proviene, esta circunstancia no es fácil de determinar en todas las situaciones, tal como sucede en los casos de los dominios que sólo incluyen como primer nivel.com,.org,.net, sin aludir a su posición geográfica (Rico 2000).

Por lo que es conveniente incluir la dirección física correspondiente, al respecto LMCE, los Anteproyectos de la Ley Española, prescriben si no se conoce la dirección o lugar de la oferta que conlleve el perfeccionamiento contractual, será la del domicilio habitual del oferente. (Artículo 10 del PAB)

En general la problemática para el oferente y en función de la información que debe dar al aceptante se resume en obligaciones precontractuales que resumimos en “*los contenidos del deber de información*”, y la “*forma para la presentación de la información*” (Rosa Juliá 2001), la primera se resume en la información sobre el proveedor u oferente, luego sobre el producto, bienes o servicios y concordante con los anteriores los pasos como se hace para acceder con facilidad a la información anterior y en general para

concluir el contrato en Red.

Así en cuanto al proveedor u oferente, reiteramos se necesita su identificación, el lugar físico donde se ubica el negocio, los datos del negocio en cuanto a la inscripción en los Registros Públicos, el Registro Unico del Contribuyente. En cuanto al producto es necesario indicar el precio de los productos, las formas y facilidades de pago, descuentos e impuestos a pagar. Finalmente en cuanto al oferente este deberá indicar las secuencias o pasos para poder concluir el contrato por estos medios, es decir como acceder a la página Web o Portal u otro medio donde pueda visualizar los productos y condiciones, el modo de tener el contrato que va a suscribir o que regule la transacción, así como el lugar virtual donde se archive y su acceso a una copia, los medios para corregir errores e inclusive el idioma en que se transe el contrato.

Por su parte Lorenzetti acota como deberes colaterales “*el deber de información*” por lo cual el oferente debe informar sobre “el medio tecnológico utilizado, la identificación del oferente para evitar los problemas del anonimato, aclaración sobre el modo de aceptar la oferta”, “el producto o servicio que contiene la oferta”, “los aspectos legales; sobre todo en relación a las condiciones generales de contratación”; en cuanto al “*deber de confirmación*”, se refiere a la necesidad de que el oferente quien inicia el proceso confirme la recepción del mensaje de aceptación mediante un mensaje de acuse de recibo, concordante con la solución dado por el artículo 1374 modificado del código civil peruano; el “*deber de seguridad*” cuyo significado se traduce en que siendo la transacción hecha sobre una red abierta concurre en la imposibilidad de controlarlo todo o al 100%, lo que implica a decir de este tratadista Argentino que el oferente informe en todo caso “sobre lo que no puede controlar y sobre aquello que no se hace responsable”. (Lorenzetti 2001: 189-190)

3.1.2.- DEL RECEPTOR-DESTINATARIO Y LA ACEPTACION DE LA OFERTA

3.1.2.1.-DEL RECEPTOR – DESTINATARIO

El receptor destino (artículo 2 Definiciones – d de la LMCE), también necesita y usa similares medios tecnológicos electrónicos que emplea el emisor oferente para manifestar su oferta, revocarla u otro forma inherente al dialogo contractual e igualmente puede ocupar el lugar del emisor oferente cuando esta no esta de acuerdo con toda la oferta, y enviar su contraoferta a su emisor originario o iniciador que pasará hacer su destinatario. (artículo 1376)

Ha de tenerse en cuenta que si la contratación se realiza por medios electrónicos, óptico u análogos se presumirá que el oferente de acuerdo con el artículo 1374 del Código Civil (modificado por la ley 27291), recibió la declaración contractual de aceptación por destinatario cuando este haya recibido el acuse de recibo del oferente en ese sentido concordante con el artículo 14 Acuse de recibo del LMCE y PLEY. (Artículo 7 del PAB)

3.1.2.2.-DE LA ACEPTACIÓN PME

Mencionamos nuevamente el artículo 11 del LMCE y su símil del PLEY, para referir, que es permisible la aceptación por medios electrónicos sin ninguna restricción por el hecho de ser expresadas por esos medios y en consecuencia no se negará validez o fuerza obligatoria, la cual podemos generalizar a cualquier manifestación de la voluntad hecha por estos medios, siendo nuestra argumentación similar a lo expresado para la oferta. Por otro lado la aceptación por ser una manifestación de la voluntad, podrá ser expresa y tácita, de acuerdo a lo determinado por el sistema civil peruano, siendo muchas veces hechas por medios electrónicos expresada por un “clic” o ingreso de una clave, empero tendrá en cuenta el acuse de recibo del oferente que le dará seguridad a la transacción de conformidad con lo expresado por Lorenzetti y la norma peruana acotada en el punto anterior.

3.1.2.3.-REQUISITOS DE LA ACEPTACIÓN

Los requisitos de la aceptación por medios electrónicos, no difieren de las consideraciones señalado en el acápite 3.1.1.2, en tal sentido debe ser pura y simple o coincidente completamente con la oferta del oferente, debiendo formularse en los plazos establecidos o sea en forma oportuna, que sea dirigida al oferente, que tenga verdaderamente la intención de contratar, y que cumpla con la formalidad que corresponda cuando la oferta y la ley así lo requiera, no obstante hay otros tipo de problemática que se presentan en estos casos que detallamos y evaluamos en el siguiente acápite.

3.1.2.4.-LA PROBLEMÁTICA DE LA ACEPTACIÓN PME

Uno de los problemas que se presenta por estos medios e insertada en internet, es la toma de conocimiento por el aceptante, de las oferta del oferente, que esta contenida en su mayoría de veces (salvo si se contrata interactivamente o las partes pueden discutir las condiciones) en cláusulas prefijadas derivadas de contratos de adhesión, donde las partes no se encuentran simultaneamente, siendo que estos contratos o cláusulas contractuales no están a la vista o no son de fácil acceso a la lectura y en consecuencia a la toma de conocimiento en el mismo portal o web por el aceptante se hace difícil y complicada; habida cuenta que *“los contratos celebrados vía internet son contratos de adhesión que impiden la negociación de las cláusulas en ellas contenidas, cláusulas por lo general no se encuentran insertadas en forma directa, clara y visible en la misma página Web sino que se incluyen de manera indirecta a través de un link que envía al usuario a otro sitio de la Red. (Carrillo 2001), haciendo aun más difícil el acceso.*

Asimismo existen los contratos click-wrap agreements o point-and-click, que es un contrato de adhesión “donde se hace un clic sobre un área que dice ‘acepto’, o se acepta una vez que se ‘baja’ o ‘carga’ un producto o un programa... lo cual implica adherirse a las condiciones generales de contratación” (Lorenzetti 2001: 203), donde el contenido contractual o condiciones no son de acceso para al aceptante que es conminado en la práctica a aceptar un contrato sin haber tomado conocimiento de estas condiciones, lo

cual implica hacerlo en forma tácita, con el consiguiente desequilibrio contractual y el posible abuso que podría darse en perjuicio del aceptante.

La legislación española, ha solucionado este problema a través de la Ley 1/1998 del 13 de Abril que prevé en su artículo 5.3 la reglamentación de las condiciones generales de contratación por medios electrónicos, la que se hizo viable por el Real Decreto 1906/1999 del 17 de diciembre. Son dos artículos que han posibilitado superar esta situación, el artículo 1.1 inherente a su aplicación "... los contratos a distancia o sin presencia física simultánea de las partes contratantes, realizados por la vía telefónica, electrónica o telemática que contenga condiciones generales de contratación" y el artículo 2 con relación a la validez y eficacia de los contratos con condiciones generales que prescribe "Previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, cómo mínimo en los tres días naturales a aquella, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completa, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizando, el texto completo de las condiciones generales." Como se aprecia ambos articulados, se complementan para el mismo objetivo de garantizar el conocimiento de los contratos realizado por medios electrónicos, ya sea por redes cerradas intranet, extranet o abierta como el internet (Artículo 5 de la PAB)

En relación a esta solución y específicamente a los tres días que indica la ley, Mariliana Rico concordando con Perales Viscasillas al que cita, expresa que la norma no precisa si el termino en cuestión es exigido tanto para la información sobre las condiciones generales como para el envío de las mismas, situación que implicaría en un primer momento un obstáculo a la rapidez que exige la contratación vía internet (Rico 2000).

Por otro lado, para dar cumplimiento a la exigencia legal, convenimos de acuerdo al criterio de esta estudiosa en el sentido que hay soluciones técnicas en el ámbito electrónico como por ejemplo antes de acceder al "formulario de petición" o la "selección de medio de pago", se acceda en primera instancia por el cliente o futuro aceptante con un "pantallazo" que le permita visualizar las cláusulas generales de contratación que aceptará en el futuro, de tal manera que el comprador-aceptante, al peticionar un pedido y determinar la forma de pago se presume que ha visto y ha tenido en cuenta o es de su conocimiento las cláusulas generales de contratación.

En cuanto a la otra exigencia legal, la remisión de las cláusulas generales de contratación, o sea la transferencia al comprador aceptante, la solución se ciñe a compatibilizar por integración jurídica o analogía de la ley y las posibilidades de la tecnologías telemáticas, en el sentido si bien no hay un lugar físico a quien deba remitirse, ese lugar por analogía tendría que ser la pagina Web (lugar virtual). Ahora bien el cumplimiento de la exigencia legal se cumpliría técnicamente programando el software del vendedor oferente de tal forma que cuando el adherente haga "clic" consignando la aceptación, estas cláusulas generales se transfieran en forma automática.

Al respecto Rolero indica: "Las condiciones se presentan de tal modo que fuerzan de manera inevitable al usuario a comprobar que las tuvo que leer antes de aceptar..." mencionando como ejemplo que la Corte del Estado de California, Estados Unidos,

consideró que el usuario queda vinculado por las condiciones generales al pulsar el botón que dice “aceptar” luego de haber tenido oportunidad de leerlas (Rolero 2001).

Por lo que es necesario mencionar que las leyes de defensa del consumidor en muchos casos tratan de establecer los mecanismos para que el consumidor o usuario tenga el acceso adecuado a la información así como resguardar a estos de las cláusulas abusivas, tal como lo dispone el decreto reglamentario 1798/94 de la ley de defensa al consumidor Argentino que *“consideran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”*

La intervención de los fedatarios informáticos, centros de certificación o instituciones de defensa al consumidor, deben cumplir un papel importante en la contratación electrónica y en general para dinamizar el comercio electrónico dentro del resguardo de la equidad y la buena fe contractual entre las partes.

3.1.3.-EL MEDIO DE TRANSPORTACIÓN DEL MENSAJE CONTRACTUAL

Constituye un tinglado tecnológico de redes físicas, electromagnéticas, ópticas u otros sistemas análogos dentro de la configuración conmutación y transmisión de las señales de telecomunicaciones, para lo cual combina radio enlaces, microondas, satélites geoestacionarios, inclinados o de baja órbita y también cables de cobre, coaxiales, ópticos terrestres y submarinos, e inclusive de última generación tecnológica conexiones inalámbricas y celulares etc. que hacen posible el traslado del mensaje contractual del iniciador oferente al destinatario aceptante, haciendo igualmente posible el diálogo y la conclusión contractual. Pero toda este complejo tecnológico deberá estar integrado o constituir el sistema de información que debe generar, enviar, recibir archivar o procesar de alguna u otra forma los denominados “mensaje de datos” que conlleva la manifestación de la voluntad de conformidad con el artículo 2 LMCE y artículo similar del PLEY.(Artículo 1 del PAB). Lógicamente que estos sistemas físicos y lógicos deben estar operativos dado la naturaleza del transporte de datos o información que son de valiosa utilización en estos tiempos de globalización, pues una falla o defecto del sistema podría tener consecuencias económicas y aun personales, que podrían ser funestas para los usuarios de este sistema cuya escala máxima puede ser de nivel planetario, tal como una caída de la tensión eléctrica del sistema, podría traer consigo pérdidas económicas financieras globales, por ejemplo, en una transacción en bolsa entre personas o negocios de diversos países donde los segundos de tiempo son de gran importancia para la estrategia bursátil, de tal manera que una caída de esa magnitud, incumbiría la responsabilidad de diversas personas jurídicas responsables de los sistemas o redes, siendo esta solidaria, que involucra operadores de telecomunicaciones, servidores y otros inherentes al negocio de las redes. Nuestra legislación tiene prevista en el Código Civil las responsabilidades contractuales (artículos 1428, 1429) y extracontractuales (1969, 1970), que acontecen por dolo o culpa y causen daños, cuyos agentes están en la obligación de indemnizarlos, no obstante, es perentorio, que cuando se produzca un evento de estos o similar naturaleza, se tenga que recurrir al arbitraje o normativa

internacional, dado que cualquier suceso dañoso en la red planetaria, puede dar lugar a investigaciones que permitan dilucidar las conexas o correlativas relaciones entre empresas y legislaciones de países.

3.2.- LAS TIPOLOGIAS DE FORMACIÓN CONTRACTUAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Existen algunos estudiosos que proponen que las modalidades del contrato se sujetan a los medios tecnológicos por los que se realiza, tal como los fonográficos que asumen el telebanco, telemercado etc.; medios digitales, el internet, los e_mails, el IRC; el ICQ; el fax u otros documentos electrónicos (Vergara 2000), otros apuntan en relación al proveedor, y son los que tienen que ver: 1) con el proveedor de acceso a internet y 2) con el proveedor de los bienes y servicios a través de la red (Rolero 2001)

Castillo Freyre, hace una un esquema bastante descriptivo, a saber:

“1.- Contratos celebrados por teléfono

1.1.- Contratos celebrados por teléfono entre dos personas que se encuentran en comunicación inmediata

1.2.- Contratos celebrados con respuesta dejada en una contestadora automática de llamadas.

2.- Contratos celebrados por facsímil

3.- Contratos celebrado por beeper o sistema buscapersonas.

4.- Contratos celebrados con la intermediación de computadoras programadas algorítmicamente para realizar la contratación

5.- Contratos celebrados en el supuesto que el o los computadoras funciones como dos terminales conectados entre si.

5.1.- A través de una línea punto a punto

5.1.1.- La comunicación es recibida por un operador (...)

5.1.2.- Un operador se comunica con un banco de datos (...)

5.2.- A través de la red interna.

6.- Contratos celebrados por correo electrónico

6.1.- TELNET: conexión remota

6.2.- e-mail: correo electrónico (...) <<donde incluye el Internet>>

6.2.1.- FTP: Transferencia de archivos”

(Castillo Freyre 1996: 103-133)

Asimismo en las relaciones de comercio electrónico en general, las operaciones y negocios comerciales se asumen de la siguiente forma:

Negocio a Negocio – Business to Business (B2B)

Negocio a Consumidor – Business to Consumer (B2C)

Negocio a Estado -Business to Government (B2G)

Consumidor a Estado – Consumer to Guvernment (C2G)

Lo que podría dar a pensar que tendríamos contratos electrónicos de los tipos B2B, B2C, B2G y C2G

Nosotros zanjando dichas proposiciones, planteamos que se pueden aglutinar diversas tipologías o modalidades de contratos inherentes al uso de medios asistidos por la electrónica las cuales tienen que ver 1) *con el grado de inteligencia artificial* de los sistemas tecnológicos coadyuvantes a la manifestación de la voluntad. 2) *con la inmediatez e instantaneidad del dialogo contractual*, inherente a la inmediatez o no del dialogo contractual e igualmente 3) *por la libertad de forma* concurrente al uso de la libertad de forma de realización por medios electrónicas o a la sujeción de formas preestablecidas.

3.2.1.-POR EL GRADO DE “INTELIGENCIA ARTIFICIAL” DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

Evalúa el grado de automatización de los medios que se vale las personas o agentes capaces emitir y aceptar la voluntad contractual, que varía desde una gama de escasa ayuda artificial hasta los mas sofisticados que permite contratar sin presencia humana.

3.2.1.1.- CONTRATACIÓN POR MEDIOS MECÁNICOS O ESCASA AUTOMATIZACIÓN

En este tipo de contratos la inteligencia artificial es casi nula, es realizada tal como manifestamos anteriormente por dispositivos “*tontos*” o con escasa automatización o por lo mismo escasa “*inteligencia artificial*” (el trasmisor o receptor para manifestar su voluntad utiliza dispositivos internos y sistemas integrados de redes o sistemas inteligentes que posean mecanismo que permitan a las personas facilitar ciertas funciones, rutinas o programas realizadas por medios digitales), tal como las que se hacen por el teléfono o telefax simple, donde los agentes capaces: agente oferente remitente por un lado y el receptor destinatario por otro, ante la escasa ayuda del sistema de transmisión o recepción, utiliza mas su inteligencia natural, dándose en esta realización contractual con gran predominio de la inteligencia natural sobre la “*inteligencia artificial*”, aunque no escapa la posibilidad de darse una relación contractual usando un trasmisor “*tonto*” y un receptor de cierta “*inteligencia artificial*”.

En estas formas de viabilidad contractual, tal como convenimos anteriormente se dan relaciones <<telepresenciales>>, en la que pese a la lejanía física, es posible la interacción directa de inteligencias entre el oferente remitente y el receptor destinatario, cuyas distancias físicas se hacen imperceptibles o de poca importancia (contratación telepresencial).

Es perentorio reiterar, haciendo un recuento histórico, el código civil peruano del año 1936 consideró al contrato por teléfono como realizada en forma real o como realizado en forma presencial (Riera Aisa 1985), siendo un antecedente valioso que corrobora a la extensión de la hoy alta y compleja sofisticación de nuestra realidad tecnológica que hace posible la interacción telefónica vía Internet, video teléfono por redes integradas o dedicadas y otras que en futuro se inventen y la cual se verá en el siguiente punto.

3.2.1.2.- CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS DIGITALES U ÓPTICOS CON ALTO GRADO DE “INTELIGENCIA ARTIFICIAL”

Son dispositivos que poseen “inteligencia artificial” basados en programas especializados o sistemas de expertos que de acuerdo a cierto parámetros pueden seleccionar una decisión y trasmitirla a su contraparte, que igualmente puede estar instalado tanto en un sistema de recepción-destinatario como en un sistema trasmisor-remitente, (interacción máquina a máquina) y que “dialogan” para llegar a una realización contractual. (Artículo 13 Atribuciones de los mensajes de datos – que da cuenta de sistema de información para contratación automatizada).

El substrato de la idea del trasmisor y receptor electrónico como forma de concepción contractual trae aparejado una gama de matizaciones, dentro la diversidad o grados de sofisticación de estas maquinas electrónicas, que involucra igualmente diversos niveles de interacción de “inteligencias artificiales”, que depende de los programas que lo soportan. Apuntándose dentro de estos servicios los contratos realizados por el EDI que utiliza un formato estandarizado, siendo que en este tipo de contratos ocurre, tal como lo manifiesta Lorenzetti la “despersonalización del contrato ya que se produce un diálogo entre computadoras” (Lorenzetti 2001:182); ha de precisarse que esta automatización para contratar también se logra entre computadoras con formatos particulares o privados que se ajustan a situaciones específicas entre las partes sin obedecer a formatos establecidos o estándares.

Al respecto podemos resumir, que la máxima formulación contractual, se concibe con un ordenador que posee una configuración trasmisora, por donde el oferente a través de un sistema de razonamiento artificial que valida ciertos parámetros o variables, “decide” y trasmite decisiones o alguna declaración contractual a su contraparte, que también posee un sistema similar automático y el cual puede aceptar o no la realización y perfeccionamiento contractual. La revocación, el retracto por medio de estas maquinas automáticas programables resulta de un grado superlativo de “inteligencia artificial”, pero que tecnológicamente podría en el futuro llegar a una expresión que emule algunas funciones de la inteligencia humana.

En esta forma de contratación automatizada, se concibe el caso mas avanzado y extremo de ayuda artificial al hombre, cuando no existe presencia real o humana para contratar inmediatamente (Guerra Balic 1995), haciéndolo el programa o sistema de expertos en lugar del razonamiento natural o de interacción de *inteligencias frescas*, habiendo en todo caso interacciones entre las máquinas que nosotros denominados entre *inteligencias congeladas*, que son instrucciones humanas traducidos en bits que subyace en un software. O sea que se ha pasado de los contratos entre “*software’s naturales*”,

humanos y *frescos* que es el intelecto e inteligencia natural de las personas, a un contratos entre “softwar’s” artificiales que contiene la expresión de la voluntad humana *congelada* en las maquinas, las cuales a decir de algunos autores puede dar lugar a cambios en los conceptos tradicionales del contrato y en los hábitos mismos de la sociedad, “cuyo progreso se mide en razón directa de su evolución contractual” (Miranda Canales 1996: 51).

No obstante quepa referir, que la máquina en último ratio es solo un instrumento de expresión de voluntad de los sujetos humanos, pues en esencia la inteligencia natural siempre participa, *ex-ante* o *post-ante*, en cualquier tipo de contrato; sosteniéndose por ultimo la prioridad y superioridad el elemento humano, en el sentido que el hombre es un ente finalista de toda relación contractual.

3.2.2.- POR LA INMEDIATEZ DEL DIALOGO CONTRACTUAL

La evaluación inherente a la inmediatez de la contratación, donde se tiene como eje fundamental la relación <<telepresencial>> como peculiaridad y singularidad de este tipo de contratos por medios electrónicos.

3.2.2.1.-CONTRATACIÓN CON <<TELEPRESENCIA>> HUMANAINTERACTIVA

Esta forma de contratación denominada por nuestra parte como contratos <<telepresenciales>> es el producto de las tecnologías electrónicas de transmisión de voz que apareció primariamente con el teléfono y en la actualidad con la digitalización de las redes y otras tecnologías, es más versátil y cómoda, y prestan mayores facilidades a la contratación, pues no sólo se intercambia sonidos o voces sino también imágenes, gráficos, animaciones etc. que se traducen en mayores y mejores posibilidades de diálogo contractual, en palabras comunes, estaríamos casi en un contrato o relación contractual entre personas de carne y hueso que se da en forma inmediata e instantánea, salvo el tiempo que dure la propagación de la señal por las redes y sistemas, que es imperceptible. Esta relación ocurre en tiempo real, las declaraciones contractuales concurren y se determinan sin dilación, en consecuencia el diálogo contractual por medios electrónicos digitales realizados en forma <<telepresencial>> se avala como una presencia real física, inmediata, instantánea e interactiva. Este tipo de realización contractual puede formularse expresamente por vía oral y vía escrita, descartándose la forma tácita, aunque extremando situaciones las posibilidades de las innovaciones tecnológicas nos inducen a pensar que este descarte no sería absoluto.

Una explicación que nos da la tecnología es de que existiendo entre las partes una distancia física o real mas o menos importante, la electrónica digital media como ayuda o asistente material para hacer posible el intercambio de voluntades, para lo cual se interconectan elaboradores, sistemas lógicos, plataformas físicas, redes, satélites, cables etc. que hacen al espacio físico que los separa, imperceptible y el tiempo reducido a segundos o micro segundos, lográndose una cercanía que lo podemos llamar “artificial”, pues si bien las partes no comparten la cercanía natural de una relación física, éstas,

interrelacionan sus inteligencias en forma inmediata y simultánea, siendo en esencia esta relación casi presencial y que muchos denominan contacto virtual, lo que le da significado a la <<telepresencia>>, semejándolo a una presencia real.

E igualmente esta forma de contratación rompe una vez más las concepciones tradicionales del tiempo y el espacio, similarmente como lo que aconteció con la aparición del tren, el automóvil y aun los aviones en sus respectivas apariciones históricas (Méndez 1997: 95), dándose con estos medios electrónicos digitales la paradoja “*cada vez nuestra lejanía es mas cercana*”, pues si bien, estamos lejos físicamente, nuestra relación está tan cercana tanto lo que permita la trasmisión electrónica (el decreto supremo No. 064-94-TCC Glosario de términos, define conversación a tiempo real “Es la comunicación efectuada sin ningún retardo o retraso, salvo el de la propagación”); y siendo que, en la manifestación de la voluntad, lo que interesa como elemento fundamental, es la interrelación de centros de inteligencias o centros de voluntad, resulta que efectivamente estaríamos en una relación de contacto cercano, y en consecuencia de *interacción de inteligencias cercanas e inmediatas o <<telepresenciales>> a lo cual, tal como hemos estado usando en capítulos anteriores, lo concebimos como una !relación de inteligencias frescas! cuyo significado jurídico se plasma en una relación inmediata, instantánea de voluntades entre los agentes capaces*. Ejemplo: Yo oferente estoy en un punto A Lima y me separan 10,000 Kms. del punto B Madrid donde esta mi contraparte, estoy hablando y concluyendo un contrato, estamos tan lejos pero al mismo tiempo tan cercanos casi inmediata e instantáneamente; concluyendo que si a esta relación la llamamos <<telepresencial>>, los *contratos que se perfeccionen de esta forma cabe denominar <<telepresenciales>>*.

3.2.2.2.-CONTRATACIÓN SIN INTERVENCIÓN HUMANA E INTERACTIVA ENTRE MAQUINAS

De otro lado tenemos la que dominamos la contratación sin presencia humana, dentro del concepto de lo que algunos autores denominan “deshumanización” del contrato (Lorenzetti 2001: 167), pero ¿cómo así resulta posible? Si el agente capaz o la persona humana es la única que detenta (¡al menos en el planeta tierra!) el *patrimonio de la inteligencia*. La respuesta proviene de la tecnología electrónica digital, en la cual los agentes capaces, basados en elaboradores electrónicos con acceso a redes como puede ser el internet, sujetan su manifestación de voluntad a un software o sistema de expertos que elaborados a la medida del negocio, contiene las directivas del intelecto humano, en este caso las partes, instrucciones que permiten interactuar a las máquinas, sin la presencia humana, pues en esencia, la voluntad humana yace <<congelada>> en forma de instrucciones o rutinas que de acuerdo a ciertos parámetros o variables predeterminados se activan e interactúan, de conformidad con las necesidades del entorno electrónico. Ejemplo: Yo fabrico zapatos, tengo mi fábrica denominada “ZAPATINI” y también tengo un cliente que tiene una cadena de tiendas de grandes almacenes denominada “VENTA BARATA”, los cuales en forma concertada plasmamos ciertos acuerdos que lo traducimos en un software para satisfacer nuestras necesidad comerciales de acorde con el mercado dinámico, enlazando nuestros sistemas de producción-fabricación con las de los almacenes-venta, de tal manera que cada vez que

le falte zapatos a su almacén o escaparates de venta su maquina le indicará a mi maquina de esta carencia, la cuales convendrán de acuerdo al software elaborados y sin nuestras presencias, la cantidad que envíe mi fábrica a su almacén e inclusive realizar el pago del precio de los productos por estos mismos medios.

A manera de reflexión e inherente a esta grada superior de la automatización de las maquinas debemos mencionar lo que dice un estudioso Argentino, ante la eminencia de estos modelos de automatización:

Desde el punto de vista exclusivamente práctico poseer modelos que reproduzcan, aunque sea de manera muy imperfecta, funciones superiores del sistema nervioso puede abrir las puertas ilimitadas aplicaciones que van desde manejar automóviles hasta controlar aterrizaje de aeroplanos, pasando por operar plantas fabriles, procesar 'sagazmente' información aprendiendo de pasadas experiencias o realizar intervenciones quirúrgicas delicadas.(Perrazo Roberto 1994: p.16)

Y es así como se realiza este tipo de *contratación sin presencia humana*, que desde luego deviene novísimo en los países de escaso desarrollo económico, pero ni modo ya esta aquí, y no hay manera de eludirlo, no obstante debemos dejar en claro, que son diversos los enfoques jurídicos que pueden derivarse de esta forma de contratar, por lo que sincerándonos, manifestamos que queda pendiente evaluar diversos aspectos y cuestiones inherentes a esta modalidad contractual, que será materia de otros trabajos más específicos, que sin embargo ya es materia prima de la doctrina extranjera, tal como nos muestra el tratadista español Guerra Balic en su trabajo "Conclusión de Contratos por Medios Informáticos", quien deslinda sobre la naturaleza de la máquina al que lo llama elaborador electrónico, al programa que lo sustenta y los aspectos de la autonomía en la "toma de decisiones" (Guerra Balic 1995), además de los "vicios de la voluntad" en que incurre la máquina, mencionando por lo mismo, en la misma fuente a *Ettore Gianantonio, Renato Clariza de la doctrina italiana*; por su parte Valentín Carrascosa, Pozo Arranz y Rodríguez del Pozo en el libro "La contratación informática: el nuevo horizonte contractual", desarrollan tesis sobre el consentimiento en la contratación a través de medios informáticos, el cual lo divide en un consentimiento potencial o fase de formación del programa, y un consentimiento dinámico o fase de ejecución de la misma, evaluando además los vicios del consentimiento a través de medios electrónicos-informáticos (Carrascosa 1997: 10-27); entre otros tratadistas que se han ocupado que difundir algunas ideas jurídicas inherente a los impactos de las tecnologías electrónicas digitales, que por supuesto irán madurando conforme se consoliden con énfasis en los sistemas culturales de los países.

Debe tenerse en cuenta que esta forma de contratar "automática", reiteramos se contempla a partir del la LMCE sobre Comercio Electrónico que data de 1996, pues el artículo 13 en relación a las atribuciones de los mensajes de datos estas pueden hacerse por el propio iniciador u otro en su nombre "... *para que opere automáticamente*", repitiendo lo mismo el artículo 13, num. 2), lit. b) del PLEY de Comercio y Contratación Electrónica del 10 de Agosto de 1999. La cual se ve avalado por la Guía UNICTRAL para la incorporación al derecho interno de la LMCE al referir "*Los mensajes de datos generados automáticamente en una terminal informática sin intervención humana directa deberán ser considerados como <iniciados> por la persona jurídica en cuyo nombre se*

haya programando la terminal informática". Así mismo el artículo 4.-Definiciones, de la Prepublicación de la ley de firmas electrónicas se define como Agente automatizado "Procesos y equipos programados para atender requerimiento predefinidos y dar una respuesta automática sin intervención humana". La doctrina italiana sustentada por E. Gianantonio, refiere que en este útil automático yace la voluntad potencial del agente, teniendo en cuenta que "el elaborador electrónico puede memorizar gran cantidad de datos y transmitir sus propias decisiones ejecutando ordenes a base de un programa". (Guerra Balic 1995).

3.2.2.3.- CONTRATACIÓN NO INTERACTIVA CON DIFERENCIA DE TIEMPO DE RESPUESTA

Es una contratación que como su nombre lo indica se produce cuando el diálogo contractual es mediato o cuando hay diferencias de tiempo mas o menos largo en el accionar de las voluntades de las partes, de tal manera que no se consideran interactivas e inmediatas esta relación oferta – aceptación, en otras palabras concurre entre uno y otro mensaje contractual un periodo de tiempo, es decir el oferente al enviar su mensaje contractual a su destinatario, la respuesta no es inmediata pues espera una respuesta de este, en el sentido de aceptar o no las condiciones de la oferta enviada.

El sistema tecnológico típico que hace permisible esta relación contractual, se puede realizar por correo electrónico utilizando internet, pudiéndose hacer también por telegramas e igualmente habiendo un lapso de tiempo, pueden realizarse por el casi desaparecido telex, facsímil u otro esquema telemático audiovisual en la que haya un lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación.

3.2.3.- POR LA LIBERTAD DE FORMA

Relacionado con el grado rigidez en el establecimiento de las cláusulas o condiciones contractuales, las cuales oscilan entre aquellas que no se ajustan a ningún formato establecidos y otras ceñidos a ciertos formatos normalizados:

3.2.3.1.-CONTRATOS DE FORMA LIBRE

Son los contratos realizados con libertad de forma, en las que prima la libre discusión entre las partes, en las cuales como cualquier otro contrato se basta con las normas generales sobre contratación; en lo referente a la contratación peruana el código civil anida en su entorno el principio consensual, conforme lo prescribe el artículo 1352 "Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad", complementado con los artículos 143 "Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar las que juzguen conveniente" y aun mas, el artículo 144 prescribe "Cuando la forma no impone una forma y no sanciona su nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto", siendo ello los principios que rige la contratación peruana (Bigio Chrem 1984), los cuales involucran a la contratación utilizando los medios electrónicos que a la postre son los

mismos contratos comunes, sólo que utiliza para discutir y convenir las cláusulas o condiciones del contrato, las tecnologías telemáticas, las cuales les dan a los contratantes facilidades de interacción, tanto inmediatas, cuando la relación es entre inteligencias frescas, o igualmente diferidas o no inmediatas, cuando no hay una relación cercana entre los agentes capaces por estar en diferentes lugares y no estar en el preciso momento que el agente iniciador envíe su oferta.

Siendo las formas tecnológicas típicas de esta forma de realización contractual, las efectuadas por la forma <<telepresencial>>, tal como la contratación por teléfono que son inmediatas, o la realizada por facsímil, valiéndose ambos agentes, si bien distantes, de sus inteligencias frescas e inmediatas para llegar al acuerdo contractual, similarmente también esta relación puede ser diferida, es decir puede mediar un tiempo o un lapso entre la oferta y la aceptación. En general este tipo de contratación pueden hacerse por una PC vía internet tanto en forma <<telepresencial>> o diferida en el tiempo de respuesta.

3.2.3.2.- CONTRATOS CON FORMA NORMALIZADA (EDI)

Responde a un formato o formas preestablecidas por una de las partes o ambas partes que incluye documentos estándares y cuya formalidad se da por razones de facilitar el intercambio comercial de datos o información, homologación de los sistemas tecnológicos y sobre todo acentuar la seguridad jurídica. El tipo contractual tecnológico responde a la contratación por EDI, en si constituye un intercambio de datos entre organizaciones de PC a PC utilizando un formato preestablecido (procesado en forma electrónica) o la denominada compra-venta sin papeles, permitiendo esta tecnología transacciones comerciales con altos niveles de seguridad en la formalización de las operaciones y a una velocidad electrónica. Al respecto Piaggi, expresa “una característica relevante de EDI es que los datos comunicados se estructuran en formatos normalizados, los que permite intercambiarlos y procesarlos en la terminal receptora sin necesidad de teclearlos nuevamente y, como se han adoptado normas internacionales que se están utilizando en la arquitectura de las redes informáticas y en los formatos de los mensajes, se puede transmitir los datos con independencia de cuales son los equipos o los programas utilizados en cada extremo de la transmisión “ (Ana Piaggi 2001). El EDI se orienta a transacciones comerciales entre empresas tal como ordenes de compra, facturas, ordenes de pago, pagos de facturas etc., no obstante “se puede usar tanto para el marketing, como para la celebración de contratos de aprovisionamiento, tanto en el campo de bienes físicos como digitales, tanto del sector público como en el privado” (Lorenzetti 2001: 182) Como referimos en el acápite anterior el EDI trata de eliminar el papel, simplificar los procesos administrativos fundamentado en papeles y tramitarlos directamente en forma electrónica. Este tipo de documentación electrónica se esta usando en el Perú para los trámites administrativos en diversas oficinas públicas y privadas, siendo en nuestro país la única entidad oficial para la administración y la normalización de mensajes EDI la Asociación Peruana de códigos. A nivel internacional el EDI se regula por diferentes normativas, así tenemos las Reglas de conducta para el intercambio, de transmisión y recepción de datos (reglas UNCID), por el lado del UNCITRAL, se tiene aprobado las Guía par al incorporación de Derecho Interno de la ley

Modelo sobre CNUDMI para los aspectos jurídicos del Intercambio Electrónico de datos (EDI) y Otros medios Conexos de Comunicación de Datos (1996) entre otra normativa.

3.3.- EL SISTEMA TECNOLÓGICO DE DIALOGO CONTRACTUAL

En este aspecto, la problemática se centra en la tecnología como el medio coadyuvante para la realización contractual, teniendo en cuenta la eficiente y la óptima operatividad, así como la seguridad de los equipos y sistemas para que el diálogo contractual fluya palmariamente. Mas aún cuando se tiene que afrontar una formalidad ad solemnitatem, sea esta emanada por la ley o por conveniencia de las partes, las certificaciones electrónicas / digitales (documento electrónico y firma digital) deben suplir con funcionalidad y suficiencia a los que se usan por el sistema material, lo que implican una alta funcionalidad operativa y tecnológica de estos medios.

3.3.1.- LA PROBLEMÁTICA TECNOLÓGICA DE LA CALIDAD DEL DIALOGO CONTRACTUAL

Infiere que los sistemas tecnológicos respondan a los requerimientos básicos del intercambio contractual, en otras palabras, busca que el diálogo contractual entre las partes se realice en forma eficaz y óptima, de tal manera que se garantice en forma palmaria la voluntad querida, ello se hace viable cuando se tenga en cuenta la protección de las siguientes cualidades concurrentes en los sistemas electrónicos digitales, entre otras, para garantizar el dialogo contractual tal como la permanencia de su integridad, que el contenido sea confidencial, fiel y autentico en el sentido de que los agentes sean los que verdaderamente dicen que son y que hayan sido los que han cursado su voluntad o igualmente sus intermediarios, representantes, mandatarios debidamente acreditados, y desde luego que los mensajes no sean repudiados (negados) por las partes; otros tratadistas suman el hecho de que el sistema permita la disponibilidad inmediata de la información contractual cuando esta sea requerida.

El grupo de trabajo de Seguridad de UN/EDIFACT ha relacionado los siguientes servicios de seguridad a implantar, dentro de la propia estructura, como convenientes "Autenticación de extremo a extremo", Imposibilidad de rechazo origen", "Integridad del contenido", Imposibilidad de rechazo de recepción", Confidencialidad del contenido", Gestión de acceso seguro", "Prueba de entrega", "Prueba de envío", "Imposibilidad de rechazo de envío", "Imposibilidad de rechazo de entrega", "Etiquetado secuencial del mensaje", "Integridad secuencial del mensaje", "Confidencialidad en el flujo de la información" (Davara 1995)

3.3.1.1.- LA INTEGRIDAD DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

Cuya significación se orienta a que el mensaje contractual mantenga la totalidad del contenido que envía la contraparte, quiere decir que no han sufrido incursiones por terceros que dupliquen, agreguen, modifiquen o destruyan la información o también se produzcan mutilaciones, fracturas etc, que desarticulen la unidad del mensaje, en el primer caso realizados por el elemento humano y en los otros casos, proclive por fallas del sistema, lo que implica el resguardo del hardware o software de los sistemas de información más los componentes de conmutación y transmisión.

Por el ámbito de protección, esta debe estar dirigida a proteger un canal de mensajes, a un mensaje determinado, o un campo específico del mensaje.

3.3.1.2.- LA CONFIDENCIALIDAD DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

El contenido contractual debe permanecer inobservable durante todos los tramos que fluye la información contractual, de tal manera que ningún intruso pueda tener acceso al mensaje contractual y en todos los casos, garantice la reserva del diálogo inherente exclusivamente a las partes contratantes. Aquí importa que los sistemas rechacen todo tipo de intrusiones de terceros, llámense hacker, cracker o preaker, que intentan conocer el contenido del diálogo contractual.

HACKER: Persona que disfruta explorando detalles de los sistemas programables, CRACKER: Aquel que rompe con la seguridad del sistema, PREAKER: Arte y Ciencia de Crackear la red telefónica para obtener un beneficio personal, tal como obtener una llamada de larga distancia nacional gratuita. (Levene R. y Chiaravalloti 1998)

Los sistemas de seguridad consideran diversos niveles de protección, así tenemos la protección de datos transmitidos entre las partes durante un determinado tiempo, la que incluye ciertas formas específicas, tal como la protección de un único mensaje o de un campo específico dentro de un mensaje.

Asimismo para proteger la confidencialidad, es útil la protección del tráfico contra el análisis, en otras palabras, que el atacante no observe el origen y el destino, la frecuencia, la longitud, entre otras características tecnológicas de la información a través de los canales de telecomunicaciones, que puede dar lugar reiteramos, al análisis de nuestros contenidos secretos.

3.3.1.3.- LA AUTENTICIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES

Significa que el mensaje contractual debe ser enviado por quien dice ser, y también el que recibe el mensaje, debe asegurarse que proviene del origen o persona del que dice provenir, esta referencia debe calar en ambos lados, tanto del emisor oferente que debe tener la seguridad de que efectivamente es su contraparte con el que está dialogando y no con otra y viceversa. En todo caso lo que se trata de conocer, es la autenticidad de los sujetos contratantes, los cuales pueden ser remplazados por terceras personas acreditadas legalmente. (artículo 2 Definiciones num. c del LMCE y el artículo 6 del PAB)

Los sistemas tecnológicos deben contener procesos o procedimientos de identificación que permita saber quien envía el mensaje y asimismo habiendo respuesta quien o quienes reciben los mensajes. (Carrascosa López 1997: 67).

3.3.1.4.- EL NO REPUDIO DE LAS PARTES

Se debe resguardar, tanto para el que envía la manifestación de la voluntad o como el que lo recibe, el hecho que no puedan negar estos actos, porque no les favorece o se han arrepentido o se retracta de mala forma o mala fe, negando no haber sido ellos los que enviaron el mensaje. Lo que da lugar que, cuando un mensaje es recibido, el receptor destinatario pueda probar que fue enviado por el emisor oferente e igualmente en el caso inverso, cuando un mensaje es recibido, el emisor pueda probar que fue enviado por el receptor destinatario.

Como en el caso anterior, el sistema tecnológico debe contener un procedimiento o proceso de identificación de los sujetos que garanticen el no repudio del envío de los mensajes (artículo 13-14 de LMCE y artículo 6-7 del PAB), ha de tenerse en cuenta lo que la norma civil contenida en el artículo 1374 modificada, dispone que tratándose de contratos por estos medios se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

3.3.2.- SOLUCIONES TECNOLÓGICAS

Son diversos los tópicos que abordan la problemática de la contratación por medios electrónicos, en su cobertura lata, comprende todo el circuito electrónico, coadyuvantes del dialogo contractual, es decir desde el emisor iniciador hasta al receptor destinatario, que involucra elementos de trasmisión o conmutación, redes, satélites, radioenlaces, cables etc.; hardware y software de los sistemas de información, los cuales deben tener un nivel de mantenimiento y funcionalidad adecuadas para darle la seguridad técnica permanente, la que a su vez permite la seguridad jurídica, al respecto dice el tratadista Alterini que: "Hay seguridad por medio del derecho cuando el ordenamiento jurídico garantiza que los terceros no avasallaran derechos ajenos y que el Estado sancionará a quienes lo hagan" Altarini 1993: 25).

Mas por otro lado, también es preocupación para garantizar la autenticidad de los datos y mensajes y proteger los sistemas contra posibles ataques de terceros, el desarrollo de diversos sistemas aplicativos desde los más simple y complejos.

Siendo la contratación por medios electrónicos parte del comercio electrónico, se induce un plexo de transacciones y negocios electrónicos realizados por las personas, implica resguardar la integridad, confidencialidad, autenticidad y no repudio de los mensajes contractuales o dialogo contractual y en general la protección de la información, lo cual ha creado la disciplina de Network Security, que se encarga de dar soluciones a la seguridad de la información o *Information Security* en las organizaciones, las cuales han evolucionado desde la seguridad a través de medios físicos (archivos bajo llave), la seguridad de los datos de cierta importancia almacenados en la computadora *Computer Security*, hasta la aparición de las redes telemáticas que transportan datos en todo el globo terráqueo *internet*, que involucra interacciones de organizaciones tanto comerciales, académicas o gubernamentales interconectadas a través de redes, que da lugar a propiciar el modelo *Internet Security*.

Este modelo persigue, las medidas para determinar, prevenir, detectar y corregir violaciones de seguridad relacionados con la transmisión de información por las redes, siendo diversas las técnicas de seguridad, las cuales presentan dos componentes neurálgicos:

-Una transformación del mensaje a enviar. Siendo una de las técnicas, la encriptación de mensajes, que mezcla los caracteres de tal manera que resulten indecifrables, y

-La aplicación de un código o clave que permita verificar la identidad del emisor, o tener las partes algún tipo de información secreta compartida por las partes, no conocida por otros, e incluso podría utilizarse una tercera parte confiable necesaria para la realización de una transmisión segura, tal como es el caso de las entidades de certificación, a saber: "La entidad de certificación cumple una función de emitir y cancelar certificados digitales, así como brindar otros servicios inherentes al propio certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular o del comercio electrónico en general" (artículo 12 de la Ley No. 27269, de firmas y certificados digitales).

Asimismo los especialistas dan cuenta que existen cuatro elementos básicos en el diseño de todo sistema de seguridad.

- (i) El diseño de un algoritmo que realice la transformación
- (ii) Generar la información secreta a ser utilizado con el algoritmo.
- (iii) El desarrollo de métodos para la distribución de la información secreta.
- (iv) Especificar el protocolo a ser utilizado por las partes.

Como resumen de esta parte podemos decir que existen diversos sistemas y aplicativos para procurar la seguridad en la transmisión electrónica y en el futuro de acuerdo a los adelantos tecnológicos se irán perfeccionando, empero como todo negocio, tendrán en cuenta la variable costo beneficio, para tomar la decisión adecuada. Algunas de estas técnicas describimos a continuación

3.3.2.1.-LOS PROTOCOLOS DE TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA UTILIZANDO TÉCNICAS DE ENCRIPCIÓN, FIRMA Y CERTIFICADO DIGITAL

Define los sistemas y técnicas de transferencia electrónica: Secure Electronic Transactions (SET), Secure Sockets Layer (SSL), la técnica de encriptación, la firma electrónica/digitales y certificados electrónicos. El mercado da cuenta de dos principales sistemas más usados para dar seguridad a las transacciones electrónicas, el SSL y el SET, aunque ambas técnicas reducen muchísimo las posibilidades de intrusión por terceros, ello no es del todo completo pues existen casos de "agujeros" por donde se podría filtrar la obtención de datos sensibles, no obstante estas técnicas están en constante innovación tecnológica que le dan una seguridad muy aceptable para el tráfico del comercio electrónico actual.

3.3.2.1.1.-SECURE ELECTRONIC TRANSACTION (SET)

Es una técnica de mayor divulgación. El SET, es un conjunto de especificaciones desarrolladas por VISA, MASTERD CARD con el apoyo y asistencia de GTE, IBM, Microsoft, Netscape, SAIC, Terisa y Verisign para la seguridad del comercio electrónico en el seno del INTERNET y otras redes que involucra seguridad tanto del usuario final, comerciante, entidad bancaria, administradoras de tarjetas y propietarios de marcas de tarjeta.

Incluyen procesos y secuencias para dar seguridad a las transacciones comerciales por medios electrónicos, estos procesos y secuencias en su generalidad son las siguientes:

-Envío de la orden de pedido al comerciante, junto con la información sobre las instrucciones de pago.

-Solicitud de autorización del comerciante a la institución financiera del comprador.

-Confirmación de la orden por parte del comerciante.

-Solicitud de reembolso del comerciante a la institución financiera del comprador.

Este nos permite comercializar en forma <<telepresencial>> sin presencia física cara a cara, donde no hay espacio de tiempo, es decir la relación es instantánea dentro de los límites de la velocidad digital en que se transmiten los bits consistentes en imágenes, sonidos, gráficos o combinaciones de estas.

El SET esta encaminada a solucionar la problemática dentro de las posibilidades de la tecnología, así:

-Proporciona la autenticación necesaria entre compradores, comerciantes e instituciones financieras.

-Garantiza la confidencialidad de la información sensibles (número de tarjetas o cuenta, fecha de caducidad, etc.)

-Preserva la integridad de la información que contiene tanto la orden de pedido como las instrucciones de pago.

-Define los algoritmos criptográficos y protocolos necesarios para los servicios anteriores.

La mecánica de funcionamiento se basa en la utilización de un sistema de clave pública - privada, la cual incluye codificación RSA. El proceso se desarrolla a través de programas instalados tanto en el equipo del comprador como el vendedor. El comprador utiliza su aplicación llamada, llamada "Wallet", para comprobar que el sitio del vendedor cumple con el SET Mark (certificación del SETCo); si esto es así, dicho programa le permitirá realizar la transacción.

3.3.2.1.2.-SECURE SOCKETS LAYER (SSL)

Creado por Netscape actualmente también soporta a dos servidores Web Apache y Microsoft Internet Information Server, esta posesionado entre la capa de transporte TCP y

las aplicaciones, por encima del protocolo TCP/I, pero sin llegar a los protocolos para aplicaciones como puede ser el http, telnet o ftp. Este sistema se basa en criptografía de clave pública, la cual utiliza algoritmos proporcionados por la empresa RSA. La mecánica de operación para la autenticación consiste en establecer la conexión con el servidor enviándole un mensaje de bienvenida donde incluye su clave pública; el servidor al recibirlo, evalúa el mensaje del cliente, en busca de establecer el protocolo a seguir en su comunicación. Una vez que lo ha encontrado, envía dicha información recibida y remite un mensaje al servidor codificado con la clave pública del mismo, la llave que ha utilizado durante toda sesión SSL para codificar sus mensajes. Recibida por el servidor, este lo remite de vuelta dicha clave al cliente como el último paso de la negociación. A partir de ese momento, tanto cliente como servidor comienzan la transmisión segura utilizando esa llave para transmitir la información.

3.3.2.1.3.-LA ENCRIPCIÓN

La criptografía de la palabra criptografía es Kriptos (Ocultos) y Graphos (escribir), Estudia los distintos procesos (hay multiplicidad de técnicas) de cifrado y descifrado de mensajes e información que es pasada en una forma ininteligible para evitar que termine en manos pocos confiables. En informática puede usarse con excelentes resultados para preservar datos y contraseñas que se guardan en medios de almacenamiento (disco duros, flexibles etc.) su utilización más común es para dar seguridad a las comunicaciones de datos. (De la Fuente 1995: 257)

3.3.2.1.4.-LA FIRMA DIGITAL

Tradicionalmente en su término lato, es cualquier signo realizado con la intención de autenticar un documento, esto incluye en otros concepciones la imagen digitalizada (Firma Electrónica).

Es necesario tener en cuenta que firma digital, muchas veces se le considera como cualquier forma de firma realizada con la intervención de la computadora. En la terminología de *Information Security*, las firmas digitales son creadas y verificadas por medio de la criptografía (firma avanzada). Se denomina criptografía de clave pública, cuando emplea un algoritmo que contiene dos claves diferentes pero matemáticamente relacionadas. Una clave para la creación de la forma digital o para la transformación de datos a una forma ininteligible y otra clave para la verificación de la firma digital o volver el mensaje a su forma original. El equipo Hardware y Software que utiliza dichas claves se les designa colectivamente con el término Criptosistema asimétrico.

La ley de firmas y certificados digitales (Ley No 27269) en el artículo 3, define la firma digital como *“aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único, asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no pueden derivar la clave privada”*., a diferencia de la firma electrónica, que es de acuerdo al artículo 1 *“ cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características se*

una firma manuscrita". La doctrina refiere que la firma electrónica basados con técnicas criptográficas se les denomina firma digital o firma electrónica avanzada.

3.3.2.1.5.-LOS CERTIFICADOS DIGITALES

Se utiliza para verificar la firma digital de tal manera que el que recibe el mensaje debe tener acceso a la clave pública del suscriptor y asegura que corresponde a la clave privada de este.

En relación entre dos partes cada una de ellas puede comunicar a la otra su clave pública fácilmente, no obstante en la vida real no son siempre sencillos, ya que las partes se encuentran geográficamente distantes y la comunicación se realiza por Internet, que todavía no es un medio muy seguro por lo que da lugar a que se gesten los administradores de claves confiadas a la autoridad de certificación, quienes emiten certificados individuales y relacionados con una clave pública de una persona determinada. La ley mencionada, define en el artículo 6 a los certificados digitales como *"el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad certificación la cual vincula un par de claves con una persona determinada confirmada su identidad"*; y asimismo se reconoce a las entidades de certificación y de registros que *"cumplen con la función de emitir o cancelar certificados digitales,..."*.

En resumen las soluciones que dan estas técnicas y procedimientos son las siguientes:

La encriptación de los mensajes soluciona la confidencialidad de los mensajes como la no vulnerabilidad de la información, conteniendo los datos necesarios para realizar el pago, tales como el número de cuentas o tarjeta y su fecha de caducidad entre otros datos).

Las firmas digitales soluciona la integridad de los datos conteniendo las instrucciones de pago, garantizando que no han sido modificados a lo largo del trayecto o el flujo de la información por las redes.

La emisión de certificados del comprador y la emisión de las firmas digitales, soluciona la autenticación del comprador, como usuario legítimo de la tarjeta o cuenta sobre la que se instrumenta el pago del bien o servicio adquirido.

La emisión de certificados para el comerciante y las firmas digitales, garantiza y mantiene una relación comercial con una institución financiera que acepta el pago mediante tarjeta.

Debemos tener en cuenta lo que expresa el especialista Adolfo Vásquez: "Hoy por hoy, no es posible estar completamente seguro de que la información que se manda por una red es totalmente segura, si esta no ha sido antes encriptada con criptografía de al menos 1024 Bytes" prosigue dando cuenta de otras técnicas de avanzada para dar seguridad, que "Para evitar cualquier posibilidad de quebrar la seguridad de la transacción, se esta desarrollando en paralelo dos nuevos sistemas de protección, el TSL, aún en una fase muy temprano de desarrollo y la nueva versión del protocolo de Internet (Ipv6) ya disponible en el uso comercial" (Vásquez 2001)

3.3.3.- MANTENIMIENTO FISICO DE LOS EQUIPOS Y SISTEMAS

Es coadyuvante para la protección de la información o datos que fluyen por las redes, desde esta óptica la operatividad o funcionalidad de los equipos físicos, elementos de transmisión y hardware, estos deberán responder a ciertos procedimientos que el fabricante implante, para lo cual el adquiriente de estos equipos, necesariamente tendrá conocimiento de los períodos de mantenimiento preventivo y correctivo, que permita a las redes y sus plataformas mantenerse en forma óptima.

Desde el punto de vista legal, en caso del no funcionamiento de los equipos por responsabilidad del operador y en relación al usuario, da lugar a responsabilidades contractuales y aún extracontractuales teniendo en cuenta la suscripción o no de contrato, en relación a los equipos a su cargo. En cuanto a la responsabilidad extracontractual la legislación peruana prescribe en el artículo 1969 “El que por dolo o culpa causa daño a otro esta obligado a indemnizarlo...”, artículo 1970 “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, esta obligado a repararlo”, la que nos permite avizorar la coherencia entre la seguridad técnica con la seguridad jurídica.

3.4.- EL SISTEMA HUMANO EN LA FORMACIÓN CONTRACTUAL

En esta parte el trabajo se incide sobre la persona humana en la figura del agente capaz quien es el elemento que trasciende finalmente en la formación y perfeccionamiento del contrato en el sentido de su validez y cumplimiento de sus efectos jurídicos.

3.4.1.- LA PROBLEMÁTICA HUMANA RELATIVO DE LA AUTENTICACION Y CAPACIDAD DE LAS PARTES

Se relaciona con la autenticación (identificación) de las partes, la capacidad de las partes para contratar en cuanto estar apto para el uso legítimo de su capacidad de ejercicio o igualmente su representación, empero para reflexionar sobre esta temática hemos escudriñado diversos tratadistas que se han referido sobre la problemática de la formación contractual asistido por medios tecnológico telemáticos, pues se requiere argumentar con precisión palmaria de su facilidad de uso y por tanto sustentar su “naturalidad” como medio de transacción contractual. Así, algunos autores señalan algunos problemas concretos debido a la concurrencia de este asistente tecnológico en la relación contractual, orientándolos en fases sucesivas. Siguiendo este razonamiento, el profesor Miguel Angel Davara hace ver la influencia de las redes de telecomunicaciones y la coexistencia de los nuevos servicios telemáticos en la formación de los contratos, afirmando que son tres los problemas que debemos abordar: La inmediatez de la

transacción electrónica, la calidad del dialogo para determinar la calidad del intercambio de contenidos de información de los contratantes y el punto de vista de la seguridad (Davara, Miguel Angel 1993: 184) La primera la hemos asumido desde la óptica de la <<telepresencia>>, la segunda de la operatividad que debe tener los sistemas electrónicos, argumentando el tratamiento que debe tener los sistema electrónicos a fin de permitir una eficiente flujo de información sin fallas o con poca probabilidad de fallar.

En cuanto a la seguridad relacionado con el factor humano (la parte tecnológica lo comentamos en un apartado anterior), es importante señalar que la transacción peligra en el sentido de que las partes en muchos casos no se ven (concurrencia real o visualización real de tu a tu) y por lo tanto, dejan en duda la autenticación de las partes contratantes, pues en esta situación cualquiera de las posiciones que ocupan las partes en la contratación electrónica pueden ser ocupados por una falsa parte e igualmente estar representado ilegítimamente por persona sin representación legal o tener incapacidad de ejercicio por ser un menor de edad, deficiente mental o estar inhabilitado para ejercerla, siendo ello importante en la conformación de la voluntad, teniendo en cuenta además que es muy dificultoso constatar y controlar la capacidad de quien opera una computadora.

De otro lado, si bien es cierto, que las modernas tecnologías hace posible la visualización de las partes por imágenes o visualización virtual, ello no es óbice o no es definitivo que puedan haber tecnologías que permitan simular la <<telepresencia>> de una falsa parte o representación que lleve al engaño, tal como se hace con una relación presencial del mundo real, produciendo los ilícito civiles y penales; pues bien desde la óptica civil, en cuanto a la autenticidad e identificación de las partes concurren soluciones tecnológicas que ya hemos mencionado para la identificación y autenticación. La remisión a nuestro Código Civil peruano que regula la capacidad de ejercicio de las personas naturales para contratar, prescrito en el artículo 42: "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años...", y cuando sean incapaces, por sus representantes, dado que el artículo 45 prescribe: "Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela."

Desde otro ángulo, devendrían nulos, de acuerdo a la legislación peruana, los actos jurídicos donde se verifique la incapacidad absoluta del agente pues faltaría la voluntad (artículo 219 num. 1), ello se puede presentar, cuando una persona sustituye en forma ilegítima a otra, no siendo realmente la persona que manifiesta su voluntad, o también cuando un demente contrate por internet; y serían anulables cuando exista incapacidad relativa del agente (artículo 221 num.1), tal como el que contrata resulte ser un menor de edad aparentando mayoría de edad, o igualmente podría tratarse de una persona que tiene incapacidad legal por interdicción civil etc.

No obstante las precauciones tomadas por las partes contratantes, para evitar estos ilícitos, la legislación peruana permite la confirmación del acto jurídico contractual en los actos anulables, cuando la transacción haya sido de buena fe, concordante con las costumbres y prácticas empresariales que se estilen para estos tipos de negocios. Así puede darse el caso, que cuando un sujeto ilegítimo suplanta a la parte contratante o a su representante y negocia enviando su oferta, siendo que la parte distante actúa de buena

fe, el acto contractual debe ser validado, salvando creemos la excesiva onerosidad de la prestación (Artículo 1440, “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”). O, concurra una lesión (Artículo 1447, “La acción rescisorio por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzco la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellas”)

En el segundo caso cuando ambas partes contractuales o sus representados son suplantados puede haber confirmación o convalidación, sólo cuando concurra dentro del marco negocial lícito, “la confirmación es una forma de convalidación de un acto anulable, por medios de la cual el titular de la acción de anulabilidad manifiesta expresa o tácitamente su deseo de querer la validez y eficacia definitiva del acto anulable” (Torres Vásquez 1998: 625), salvo se traten de actos dolosos que contravengan al ordenamiento penal vigente.

En cuanto a otros países, cuando se produce un contrato entre una persona mayor de edad con otra menor, da cuenta Lorenzetti que “en Francia se aplica la teoría de la apariencia para obligar al mayor; en los Estados Unidos el menor puede ser responsable de un agravio si las partes creyeron que estaban firmando con un adulto”. (Lorenzetti 2001: 181)

3.4.2.- LA PROBLEMÁTICA HUMANA DEL DIALOGO CONTRACTUAL Y LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD PME

Mencionaremos en esta temática a Guerra Balic, quien indica “ como en toda relación contractual existe la posibilidad de que produzcan vicios en el consentimiento a la hora de celebrar un negocio jurídicos, y en caso de los contratos celebrados por elaborador electrónico no es una excepción...” (Guerra Balic 1995), mas aún podemos agregar los vicios o limitantes de la voluntad, se gestan en la misma estructura de la conciencia e intelecto del hombre, por lo tanto no hay ninguna diferencia cuando la voluntad del hombre sea manifestada por medios naturales, mecánicos o electrónicos, pues el elemento humano es el mismo en cualquier circunstancia, y la herramienta tecnológica telemática, es solo eso, un mero instrumento con las que las partes o agentes contratantes se ayudan para emitir o manifestar su voluntad, llámese oferta, aceptación, contraoferta etc. por lo tanto, vamos a precisar las formas en que una de las partes o cualquiera de las dos partes, puedan dar lugar a vicios, que valga la redundancia, vicien los actos contractuales pero esta vez por medios electrónicos. En tal sentido se tendrá en cuenta un repaso sucinto de la doctrina general y posteriormente su evaluación en la contratación por estos medios, bajo el marco de la legislación peruana.

3.4.2.1.-ASPECTOS TEORICO-JURÍDICOS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

La doctrina peruana concordante con la doctrina extranjera, refiere que los vicios de la voluntad son aquellos que afectan a la voluntad de las partes otorgantes, existiendo a decir de lo que expresan la mayoría de autores, tres clases de vicios de la voluntad, a saber, el error, el dolo y la violencia e intimidación, en relación al error el tratadista español, Castán Tobeñaz manifiesta que “el error como el conocimiento falso de una cosa o de un hecho ” definición muy simple que no cubre la serie de circunstancias y requisitos que merecen una mayor delimitación (Carrascosa 1997: 16), por lo que encontramos más satisfactoria la definición de Aníbal Torres quién expresa que el error “es la falsa representación mental de la realidad (de hecho o de derecho) o la ignorancia de la misma”, agrega “ausencia de conocimiento de la realidad” empero expresa el error no elimina a la voluntad, solamente vicia el proceso formativo de la determinación volitiva, acotando “quien quiere por error, quiere realmente, pero no hubiera querido o hubiera querido con otro contenido si no hubiese estado en error.” (Torres Vásquez 1998: 520-521), por su parte J.G.Lohmann Luca de Tena indica que “el error constituye un desencuentro entre lo que es objeto materia de conocimiento y de juicio, y el conocimiento que se adquiere de él” (Lohmann Luca de Tena 1997: 449).

Existen varias clases de error, Aníbal Torres distingue varios grupos, así, al *error de vicio* cuando se afecta directamente la voluntad interna o de lo querido del agente viciándolo y *error obstativo* (obstáculo, impediendo o impropio) que recae en la exteriorización de la voluntad y por supuesto que no influye en la formación de la voluntad y ocurre por distracción, falta de concentración mental u actitud similar. Otro grupo de clasificación, es el que considera el error de hecho y error de derecho, el *error de hecho* (error facti) que es el conocimiento equivocado o la ignorancia que se tiene de los hechos, de los bienes o de las personas y el *error de derecho* (error iuris) es el conocimiento equivocado o la ignorancia que se tiene del derecho objetivo o del derecho subjetivo.

El error impropio y propio, el *error impropio* cuando se destruye alguno de los requisitos esenciales del acto. El *error propio* si bien no ataca los requisitos de la validez del acto jurídico, se vicia la voluntad.

El error esencial y error indiferente, el *error esencial* es la que recae sobre la esencia del objeto de la prestación, las cualidades del objeto de la prestación, las cualidades personales de la otra parte, el derecho, la cantidad, el motivo manifestado como la razón determinante de la realización del acto y siempre que haya sido aceptado por la otra parte, el nombre del acto, del objeto o de la persona; *el error indiferente* no configura vicio de la voluntad, no es causa eficiente para la anulabilidad del acto.

Error excusable y error conocible, *error excusable* es cuando el declarante ha tenido razón para errar y con el fin de poner freno a las posibilidades de invalidez del acto jurídico y el *error conocible*, si el destinatario de la declaración actuando con normal diligencia hubiera podido reconocer que el declarante está en error, o sea, estaba en condiciones de no tener confianza en la declaración.(Torres Vásquez 1998: 519-549) Similar concepción nos presenta el segundo de los autores (Lohmann Luca de Tena 1997: 447-470); así como también dentro de la doctrina clásica peruana y bebiendo del derecho francés León Barandiarán en relación al error comenta, los tres clases de error, el obstativo, dirimente e indiferente formulada por Savigny y constatada por Pothier y

otros autores franceses de la época (León Barandiarán 1993: 105).

El código civil peruano legisla al error en nueve artículos, desde el artículo 201 al 209 cuya aplicación en los casos de contratación por medios electrónicos, siendo ese el objetivo, se vera en el punto 3.4.2.2.

En cuanto al *dolo*, tomando como referencia el artículo 1269 del Código Civil Español este lo define “hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no lo hubiere hecho”. Lohmann Luca de Tena expresa que dolo es un error provocado que significa engaño que no es otra cosa que la acción u omisión por la cual una persona hace crear a otra algo que no se ajusta a la verdad”, (Lohmann de Luca de Tena 1997: 493), por su parte el tratadista Argentino Borda, expresa que tiene 3 significaciones “a)...la intención de cometer un daño...b)...el incumplimiento deliberado, intencional de la obligación contraída c)...es un vicio de los actos jurídicos”. (Borda 1996: 297). Nuestra legislación no lo prescribe en forma explicita pero lo regula en los artículos 210 (dolo causante), artículo 211 (dolo incidental), artículo 212 (dolo omisivo) y artículo 213 (dolo recíproco). Por otro lado siguiendo a cierto sector de la doctrina apuntamos que dolo implica la intención de una de las partes de inducir a la otra en celebrar un acto jurídico, que de no haber mediado tal engaño, no se habría celebrado, o se habría celebrado bajo otras estipulaciones. Luego para que se configure el dolo se debe dar los siguientes requisitos o elementos 1)que sea deliberada y conciente la acción 2)que haya perjuicio traducible económicamente 3)el engaño o la inducción al error.

Por otro lado la *violencia*, con esta denominación se define a la afeción de la libertad de decisión del agente y consiste en la fuerza física y moral empleada para obligarlo a realizar un acto jurídico; son dos formas que se presenta a) como violencia física b)como intimidación. En la primera se recurre a la fuerza bruta y en la segunda cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal eminente y grave en su persona, su cónyuge o sus parientes requiere para su configuración a)que la intimidación se funde en un temor racional y justo b)el mal con que se amenaza debe ser eminente o de inmediata ejecución. c)Que el mal recaiga sobre la persona, su cónyuge o su pariente.

Borda en forma concluyente escribe por violencia “cuando el consentimiento ha sido arrancado bajo presión de violencia física o morales...” (Borda 1996: 304)

Nuestra legislación lo regula en dos articulo, el 214 (violencia e intimidación) y el 215 (intimidación) comentado por JG Lohmann Luca de Tena indicando “que la violencia compulsiva excluye la voluntad, y la intimidación y la *vis* compulsiva, la vician”. (Lohmann Luca de Tena 1997: 507)

Siendo estos vicios de la voluntad: el error, el dolo y la violencia, concurrente en la contratación por medios electrónicos, se tratará de evaluar la manera como pueden presentarse utilizando estos medios electrónicos.

3.4.2.2.- DEL ERROR

En cuanto al *error*, este es causa de anulación (artículo 201), cuando sea esencial (artículo 202) y conocible (artículo 203). Se considera que el error es esencial (artículo 202) “1.-cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de

acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad” y será determinante de la voluntad, cuando al comprar algún bien por internet, por distorsión de la audio-visión y de cuya corrección inmediata de dicho sistema (manipulación del programa) no fui advertido convenientemente, y desde luego, por ello compro un bien equivocado, diferente a la utilidad que espero del bien, objeto del acto de compro; tal como cuando compro un software que me va a servir para mi gestión contable que la necesito urgentemente y me dan una para gestión logística, para que sea anulable tendrá que demostrarse en el caso de la contratación electrónica, siendo el vendedor el destinatario de la declaración del comprador y asimismo la parte que a impuesto esta forma de venta por internet o de comercio electrónico, deba asegurar que los compradores medianamente estén instruidos por la parte vendedora, de tal manera que se evite cualquier error en sus compras (artículo 5 del PAB), en el caso del ejemplo señalado en relación a la compra hecha, se protege al comprador, por no ser el bien que quiere el comprador y, siendo que, es o deba ser conocible al vendedor el error en que podría incurrir el comprador. Es de buena intención agregar lo que expresa Carrascosa “No parece equitativo que un error en la ejecución del programa, por parte de uno de los contratantes, pueda dejar desamparado al otro, máxime cuando la voluntad tiene ya una manifestación previa que presupone una cierta voluntad contractual válida” (Carrascosa 1997: 19)

También se podría incurrir en errores indiferentes (artículo 204) donde se incluye al error de cálculo, producido al alimentar datos que no correspondan en los registros digitales y que luego se transmitan a la otra parte arrastrando el error sobre alguna cantidad producida en alguna operación contable, de inventarios etc.; empero con un programa viable, este tipo de error se puede rectificar y salvar la operación contractual, salvo haya sido determinante de la voluntad por lo que puede devenir en anulable cuando produzca alguna situación exagerada y que desborde la expectativa de la voluntad querida y determinante, conforme se prescribe en el último párrafo del artículo mencionado.

Se incluye el error en el motivo (artículo 205) que ante la creencia, sin conocimiento técnico idóneo, de haber adquirido un software para ciertos fines, contrata y suscribe por internet el suministro de información de ciertos datos con un proveedor, manifestando que contrata porque tiene el software indicado, la cual es aceptado por el proveedor, siendo que al final de toda la gestión se descubre que dicho software no tiene la capacidad técnica suficiente para recibir, transmitir y procesar datos.

Ha de tenerse en cuenta, que en los casos de automatización electrónica, pueda que subsista un error en el programa, siendo que en este software subyace, la voluntad potencial o *voluntad congelada*, y al accionarse se produce el “vicio de la voluntad”, de tal manera que ante la declaración de su contraparte automatizada, no pueda perfeccionar el contrato porque existe un “error” en el programa, que no admite, concertación automática de voluntades, pues no coincide con la solicitud de la otra pues por error no cae dentro de la gama de variables o parámetros que permitan cerrar el negocio en forma automática y perfeccionarlo. Mas aún por error del programa pueda cerrarse o perfeccionarse el negocio fuera de las variables o parámetros para lo cual estuvo preparado de antemano, produciéndose anomalías en el resultado querido por las partes que pueda dar nulidades

del acto contractual.

Pero lo que mas podría darse por este medio es *el error en la declaración* (artículo 208) relativo a la naturaleza del acto, cuando igualmente por distorsión del audio video o por el idioma entendemos que el software que nos ofrecen es gratuito siendo que realmente debe ser pagado. O cuando se refiera al objeto principal es decir se declara la compra de un software de gestión de producción pero se entiende uno de gestión de inventarios. O finalmente entramos en una Web o portal de un artista Arturo Rafael tratando de comprar un cuadro pintado por él y con quien hago el contrato, debido a que también usa el mismo Web, es el hijo de este artista famoso que también es pintor novato o recién iniciado.

El error en la denominación de la persona (artículo 209), tal como creyendo estar contratando por correo electrónica con Pedro, siendo que en realidad se llama Juan. Se presenta cuando pensamos que estamos contratando con Pedro porque me dio su correo electrónico identificándose así como Pedro y siempre hemos tenido contacto por el correo electrónico de esa manera y con ese nombre, siendo en realidad que su nombre verdadero y que esta en el registro civil es de Juan.

Resumiendo, el error de la voluntad (error propiamente de vicio) como por ejemplo distorsión en la compra de un objeto, que no se pueda visualizarse bien en la pantalla o viéndose bien, en la realidad no es así como se aprecia en pantalla. El error en la declaración (obstativo), tal como por distorsión de la tecnología voz-escucha, que nos hace caer en un error esencial (sustancial) y errores incidentales o accidentales, dentro de este últimos, es perfectible con la naturaleza de los sistemas electrónicos, tal como la variación de algunas cifras o su eliminación, en un momento dado, debido a una caída de tensión o defectos en el programa; esta última situación es poco probable el error de cálculo provenga de la estructura lógica del software, dado que el software tienen un mecanismo de prueba que podría descartar algún vestigio de falla que induzca al error.

Al respecto retomando lo planteado en el punto 2.1.1., con relación al error en un sistema de contratación totalmente automatizada, ponemos en debate dos extremos que nos pueden dar luces para asumir una correcta reflexión. Asumiendo un primer extremo decimos que la máquina o autómatas es el terminal mas elaborado que podemos concebir, cubriendo cierta gama de medios tecnológicos, que van desde la simple funcionalidad de un teléfono sin mayores atributos que timbrar y permitir transmitir la voz hasta un ordenador o elaborador electrónico o PC que contiene software o sistemas maestros y/o especializados para realizar algún operación u operaciones ligados a una relación contractual entre dos partes, contestando a la primera pregunta el programa o software es un algoritmo o conjunto de procesos lógicos para encontrar una solución a un problema en forma automática o coadyuvar a los actos del hombre, tal como comprar, vender, anotar una cuenta etc., diseñado o mandado diseñar por una de las partes o las dos partes, que integrados a la parte física: hardware, constituyen un ordenador o elaborador electrónico (máquina en el sentido general), este terminal "consiste en un aparato que transforma la energía eléctrica, en información electromagnética que es almacenada en uno de los contenedores (banco de datos o diskettes)...lo cual por medio de unos impulsos electromagnéticos es puesta en relación por medio de unos proceso lógicos (programas), elaborados por el hombre, y transmitida al exterior..." (Guerra Balic

1995), para los diversos fines; ahora bien, cuando las partes, han dejado en el programa sus voluntades en relación a un negocio, estas accionarán cuando interactúen las maquina que soportan estos programas de acuerdo a ciertos parámetros o variables; ha de tenerse en cuenta que el programa considera una gama de posibilidades o de “actuaciones” de la máquina muchas veces impensadas por los agentes, mas aun las partes incluso pueden concebir esta posibilidad ligado al “razonamiento y actuación de la maquina”, ante una alternativa presentada y a la cual la máquina tiene que “actuar”. Pero, ¿qué papel juega la máquina, o concretamente el programa como “cerebro del ordenador” en sí?, respondemos que es un asistente material coadyuvante como cualquier otro medio tecnológico a la realización contractual, pero preguntémosnos: ¿percibe?, ¿tiene discernimiento?, ¿decide?, ¿manifiesta? Creemos desde una óptica humanística que no, pues todas estas funciones lo tiene solamente la persona humana y el software es sólo un programa donde se han *congelado* y concentrado una voluntad en una solo “acto” de la maquina, es decir ha concentrado su percepción, discernimiento, decisión y manifestación en una sola “actuación”, la cual ocurre en el momento que es excitado por otra maquina o algún agente humano. De tal manera que respondiendo a la pregunta principal todo error o mala actuación o discordancia entre la “voluntad interna” y “la declaración” en la maquina, estaría en la voluntad interna del agente, mas no en la declaración, porque los autómatas o máquinas están programadas para un automatismo perfecto y si hay imperfección es por la voluntad humana.

Es mas, sustentando este extremo, la máquina es sólo una ayuda a las decisiones del hombre, es como una calculadora, que auxilia en un calculo tomando como base los datos que se le da, ha de tenerse en cuenta el grado de sofisticación de la maquina para saber hasta cuando nos puede ayudar a decidir ya sea en una relación de presencia física simultanea donde se da interacciones entre inteligencias *frescas* o también en una relación donde no hay presencia humana simultanea pero si habría interacciones o respuestas entre máquinas diferidas en el tiempo.

Así cuando nosotros tomamos una decisión, pensamos que se gesta en nuestro cerebro que contiene un sistema de inteligencia natural o conjunto de software o programas productos de conexiones naturales de nuestras neuronas y sistemas nerviosos e igualmente con bases de datos naturales (memorias), y al interactuar con el medio tecnológico como una computadora, simplemente lo que se hace es ingresar nuestros datos, producto de nuestra voluntad energética mental natural, intermediada por un lenguaje idiomático u otra forma de expresión, y luego auxiliado por nuestras voces, dedos... (mente todavía no es permisible), la cual es tomado por la maquina y luego traducida en bits o bits-energías para ser trasladada por las redes y plataformas, sistemas artificiales o auxiliares tecnológicos a otra maquina y correlativo al otro lado, para igualmente ser recibida por la otra parte(destinatario), que entiende nuestro sistema energético mental, lenguaje o sistema de expresión. En consecuencia toda falla o error en el mensaje es humano y no de la máquina que es simple elemento “máquina boba” que se ciñe a lo que expresa el hombre, salvo fallas (en el software o hardware) debido a elementos externos como sería la carencia de energía, virus o desperfectos porque no se tuvo mantenimiento preventivo adecuado.

No obstante, desde un segundo extremo, pensamos que la maquina es un ente

autónomo, pero esta autonomía dependería de su grado de sofisticación, en el sentido de que “pueda decidir” y aun “actuar” y determinar los casos supuestos por el hombre (de probable ocurrencia o que probablemente ocurra) basado en las instrucciones del programa o sistema de expertos.

En ese sentido el hombre esta en capacidad de prever situaciones o por lo menos un margen de ocurrencia, es decir lo que probablemente ocurra, dado que esta informado de la capacidad del software, hasta donde puede llegar; hasta aquí, el error sería de vicio por que esta en las posibilidades del hombre, no obstante la maquina puede, enlazando instrucciones y o rutinas (dado que tiene una lógica de actuación) ceñido, valgo de redundancia, a cierta lógica, sacar a luz algo no previsto o tener “una actuación” impensando por el hombre, es decir “actuar por su cuenta”, lo que aparentemente le daría cierta autonomía, pero esta es una autonomía digamos “fría” basado en la lógica del programa, y que el hombre no pudo prever ya que las personas también en ciertas situaciones extremas no sabemos como podríamos actuar (una emoción violenta, una situación embarazosa...), de tal manera que optando por esta misma lógica humana, en cuanto a la probabilidad de cierta actuación de la maquina... no pensada ni igualmente querida por el hombre, estaríamos en un error obstativo, ya que la maquina no actuó en las probables directivas del hombre contenida en su conciencia y querida, sino que *declaró* una cosa que no estaba en la voluntad del hombre y que la máquina “creyendo actuar bien”, es decir basado en su alta expresión lógica que le permite su software, es decir su “inteligencia artificial”, “declaro” una cosa fuera del ámbito voluntario de la persona humana. Lo que nos da una idea para diferenciar un error de vicio y de un error obstativo, en un sistema automático de contratación de alta sofisticación

Expuestas estas dos reflexiones extremas, apuntando a esclarecer el error de vicio del obstativo en que puede incurrirse al manifestar la voluntad por medios electrónicos, referimos que toda persona tiene un “sistema de software natural” o razonamiento lógico, que esta ubicado físicamente en nuestro cerebro, y así ha sido la rutina normal en la existencia del hombre, y sólo que ahora se tiene la posibilidad de que los algoritmos o guías de producción de ese “software natural” donde se genera la voluntad para diversas situaciones y opciones que nos permite actuar en la sociedad, se puede emular artificialmente, es decir nuestro mecanismo interno (energético mental – o “spit” mental) que genera nuestros actos voluntario específicos, tienen la posibilidad de ser estructurados externamente y luego transformado en bits energéticos (software) para simular la voluntad natural y realizar los actos contractuales sin la presencia humana inmediata a través de los autómatas programados. El asunto es que el mecanismo que contiene la voluntad del agente pese que esta afuera (software colocado en la maquina que contiene la voluntad), es una concepción del agente capaz o elemento humano, cuya elaboración digitalizada y contenida en el software es la voluntad querida y gestado en el cerebro humano sólo que esta plasmado en un medio electrónico digital (traducido en bits), entonces toda declaración sustentada en este software o mecanismo artificial, que es la replica del razonamiento natural, si no, nos da como resultado lo que se quería de acuerdo a la voluntad humana y cuyas directivas se plasmaron en el diseño del software (creímos que el software así diseñado, nos serviría para hacer determinadas funciones mas no fue así), caeríamos en un error de vicio, pues nos equivocamos en hacer esta

replica, ahora bien si este software o mecanismo artificial hecho de acuerdo a nuestras directivas, al generar, tomar, enviar, o aceptar datos, pero no produce los efectos previstos de acuerdo a nuestra concepción natural, debido a que no “apreció bien” o “escucho mal” como consecuencia de una caída del sistema, disfunción de un chip o la existencia de un virus, o alguna otra circunstancia externa al razonamiento natural replicado en ese mecanismo artificial o software, concluimos que estaríamos en un error obstativo.

3.4.2.3.- DEL DOLO

Desde otro ángulo, también podemos encontrar en la Contratación por medios electrónicos, algún vicio por acción dolosa, tal como en la circunstancia que una de las partes pueda tener conocimiento, al ofrecer algún producto, que en forma deliberada y acomodando el programa, muestre un producto cuya apariencia sea muy diferente a la realidad, induciendo a la compra o adquisición, que si bien lo hubiera visto en su apariencia real, no lo hubiera comprado. Asimismo el tratadista Argentino Lorenzetti cree que encuentra dolo “en algunos sitios de subasta en las que hay ofertas de dinero “armadas” para engañar sobre el verdadero valor” e igualmente lo encuentra en “bienes para vender que tienen características falsas imposibles de constatar por el comprador, ya que no hay pruebas empíricas” (Lorenzetti 2001: 185)

3.4.2.4.- LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN

En caso de la intimidación cuando se inspira al agente fundado el temor de sufrir un mal eminente y grave a su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad e igualmente los bienes correspondiente a las personas que están comprendidas en este grupo (artículo 215). Estos actos podrían configurarse en el hecho de conminar a un sujeto a efectuar un acto jurídico, en condiciones poco ventajosas y obligado a hacerlo bajo amenaza, o también, cuando se conmina a realizar transacciones o pagos así como manipular el programa para favorecerse o favorecer a alguien, todo ello bajo la amenaza de ejercitar acciones fundadas eminentes y graves tal como la amenaza de ejecutar a un pariente raptado, destruir su casa, invadir de virus su base de datos etc.

Debe tenerse en cuenta que la amenaza debe ser de tal magnitud y no una simple amenaza o una broma de muy mal gusto que no anula el acto.

3.5.- EL LUGAR (ESPACIO) Y EL MOMENTO(TIEMPO) DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL PME

Es menester señalar las interrogantes que plantea el profesor Austriaco Hans Kelsen. ¿En que momento queda concluido la convención? O, dicho en otras palabras ¿cuándo termina el procedimiento de creación de la norma contractual?”; refiriendo el maestro austriaco que no sólo interesa el momento sino el lugar de la formación de la convención, lo que corrobora la preocupación, entre otros juristas de esos tiempos, en el tema,

cuando aun las tecnologías no eran tan dinámicas y sofisticadas como lo son en la actualidad. Por lo que el estudio en esta parte, evalúa donde y cuando queda concluido o perfeccionado el contrato, es decir “el momento a partir del cual el contrato empieza a desplegar sus efectos, esto es, el momento a partir del cual las partes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales” (Juliá Barceló 2001); teniendo como requisitos la versatilidad y flexibilidad de las tecnologías actuales que permiten la gestión contractual de una de las partes o las dos partes desde puntos o localización terrena no fija, sumados a un tráfico de bienes y servicios desarrollados en zonas transfronterizas, lo que nos sugiere deducir los posibles conflictos desde un ámbito supranacional.

3.5.1.- DEL LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

Responde a la pregunta donde queda perfeccionado o concluido el contrato por medios electrónicos, teniendo en cuenta que las partes están localizados en distintos lugares o puntos del planeta, mas aún, la situación se hace más compleja, cuando estos puntos o lugares responden a una constante movilidad debido a las grandes potencialidades de las tecnologías de telecomunicaciones, satelitales e informáticas y su continua innovación, que le dan mayor versatilidad y riqueza a la contratación por estos medios. Nuestra evaluación considera el ámbito nacional y el ámbito internacional, este último dado la “mundialización” de las operaciones económicas, merece ser de nuestra observancia, los diversos planteos de estudiosos, en cuanto a la jurisdicción en el “cyberespacio”, pues debido a la “ausencia de espacio geográfico o físico en donde ejercer su soberanía y aplicar su jurisdicción”, refiriéndose a la red de redes o Internet, esta “no opera sobre una base territorial, sino sobre una base global, desconectada de los conceptos tradicionales de soberanía, de territorio y de espacio geográfico” (Vargas Gómez-Urrutia 2000), lo que nos indica los cambios necesarios de los conceptos tradicionales del derecho, donde se alzaprima la internacionalización del “cyberespacio”, empero por otro lado, sin que ningún estado pueda proclamar soberanía alguna “the internationalization of Cyberspace also has as consequence that no State can proclaim any sovereignty over it.” (Graham 2001)

3.5.1.1.-AMBITO NACIONAL Y/O LOCAL

Tomando como referencia que la problemática se centra, tal como se apunta en diversos textos doctrinales, en el lugar y el momento donde queda perfeccionado el contrato, esto conlleva a deslindar si la relación es entre presentes o ausentes, no habiendo problema del lugar, ni tampoco el momento, cuando esta relación es inmediata, a saber de lo dicho por Larroumet:

cuando un contrato se forma instantáneamente por el acuerdo de voluntades de las partes que están físicamente en presencia una frente a otra o por intermedio de su apoderado (formación llamada entre personas presentes), la determinación del momento y del lugar de la formación del contrato no ofrece problemas, pues el contrato se concluye en el lugar y en la fecha del encuentro definitivo de las voluntades...

Encontrando cierta dificultad “Si la formación del contrato no es instantánea por cuanto el acuerdo definitivo entre la oferta y la aceptación ha estado precedida de un periodo de

negociaciones...” (Larroumet 1993: 216-217).

Luego agrega:

Existiendo en esta última situación diversas soluciones en las legislaciones tal como el código civil español la perfección se produce a la recepción por el oferente (artículo 1262. 2º), el alemán o BGB también consagra la teoría de la recepción (artículo 147), el igualmente la adopta (artículos 1326 y 1327), el código libanés opta por el sistema de la emisión (artículo 184), siendo que la jurisprudencia también puede asumirla cuando la legislación no lo establece tal como en el código civil francés. (Larroumet 1993: 222).

Por otro lado es comprensible evaluar la naturaleza nacional o transfronterizo del contrato o extranacional, en este caso será nacional o local:

Si el contrato se celebra entre partes que tienen el mismo domicilio o residencia y en el mismo lugar coincide el lugar de celebración y cumplimiento del contrato.

En cuanto a nuestra legislación peruana y específicamente el ámbito del territorio peruano, el artículo 1373 prescribe “*El contrato queda perfeccionado en el... lugar en que la aceptación es conocida por el oferente*”,

Así mismo el artículo 1374 expresa “*La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se considera conocida en el momento que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que esta se encuentren en la imposibilidad de conocerla...*”

Ambos artículos originales en el código civil, nos lleva a tomar la posición de acuerdo a este cuerpo de leyes, que en general se adopta la teoría del conocimiento combinada con la de la recepción para el perfeccionamiento contractual, cuando esta no es inmediata; siendo el lugar ahí donde se supone ha tomado el conocimiento. Empero existe un salvo que creemos corresponde a una situación equitativa, a fin de evitar que el oferente pueda aprovecharse y que a su conveniencia decidir en que momento toma conocimiento del consentimiento (presunción iuris tantum). Ello implica aceptar en primera instancia que basta la recepción “en la dirección del destinatario”, para admitir que ha tomado conocimiento, “a no ser que esta se encuentre en la imposibilidad de conocerla...”, tal como expresa el maestro Aníbal Torres Vásquez, sea por estar en otro idioma, por enfermedad grave física o mental u otra situación análoga que le imposibilite acceder al conocimiento de la oferta (Torres Vásquez 1996: 494), lo que dará lugar a su probanza de parte de quién afirma haberlo recibido empero no haber tomado conocimiento.

Tratándose de contratos por medios electrónicos, tenemos igualmente la modalidad <<telepresencial>> (inmediata), las cuales se asimilan como contratos entre presentes, siendo el lugar donde el oferente recibe la aceptación igualmente inmediata por su receptor aceptante, no habiendo mayores problemas en conocer el lugar donde queda perfeccionado el contrato.

Siendo que, en la contratación con respuesta diferida (mediata), este quedará perfeccionada, cuando realizada la declaración contractual de aceptación por el receptor destinatario y recibido por el remitente oferente, este último envíe el acuse de recibo, igualmente en forma electrónica u otra forma no automatizada, puesto que el código civil

así lo especifica, a saber del Artículo 1374 2do. Párrafo *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*". Debiéndose tener en cuenta, así lo creemos, la determinante singular de presunción iuris et de iure para la conclusión del contrato, salvando la convicción de que el oferente ha recibido y tomado conocimiento de la aceptación.

En ese sentido la ley que se dicte de contratación o de comercio electrónico deba indicar las formas específicas y seguridades que se deba tener para el envío, la recepción y conservación de estos medios, tal como se propone el artículo 7 del PAB.

Asimismo para complementar este tópico, es menester evaluar tanto la LMCE y el PLEY, (artículo 14 "Acuse de Recibo" para ambos y coincidiendo igualmente los incisos y numerales) detalla los aspectos del perfeccionamiento contractual por medios electrónicos, donde haya solicitud o acuerdo de acuse de recibo o no, teniendo en cuenta el artículo 143 sobre libertad de formas de los actos jurídicos "Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente", complementado por el artículo 1356 con relación al carácter supletorio de las normas, salvo sean imperativas, inherente a la voluntad de las partes. Así, al enviar o antes de enviar el mensaje, el remitente oferente, puede solicitar al destinatario el acuse de recibo del mensaje de datos, que podrá ser automatizada o no (2.a) asimismo cuando el remitente oferente no haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenido ningún plazo, en un plazo razonable, el remitente tiene dos alternativas a) Avisar al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y b) Cuando no se cumpla en el literal anterior podrá dar aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado pudiendo ejercitar las acciones que le corresponden conforme a la legislación vigente. (punto 4).

Cuando el remitente oferente no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se de en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante cualquier o toda comunicación del destinatario sea esta automatizada (fax, correo electrónico etc.) o no, tal como una carta e inclusive quepa la posibilidad de la comunicación verbal y o alguna clave, ya que se indica en el punto b) "todo acto del destinatario, que basten para indicar que se ha recibido el mensaje de datos". (punto 2).

En cuando a los efectos, el remitente que haya indicado que los efectos del mensaje de datos están condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto no se haya recibido el acuse de recibo (punto 3).

Asimismo consideramos importante referir que la presunción de recepción de mensaje de datos, no implica la autenticidad del mensaje de datos, es decir se admite la realización por métodos automatizados que dicho mensaje pueda ser alterados o modificados atentando con la integridad del mensaje (punto 3).

Se entenderá cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos

recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados por un organismo técnico legal (Indecopi, Instituto Peruano de Comercio Electrónico etc.) se presumirá que ello es así (punto 6).

Igualmente indicamos que ambas normas, refieren que los aspectos normativos y jurídicos prescritos sólo rigen solamente al envío y recepción de mensajes de datos y no a otros aspectos que se deriven de aquellos (punto 7).

En el caso de la contratación de alta sofisticación, es decir contratos efectuadas por máquina o equipos programables, máquina a máquina, “inteligencia artificial” con “inteligencia artificial”, siguiendo a la legislación, el lugar donde queda perfeccionado el contrato se localiza en el lugar donde se ubica la maquina que recibe la oferta y accionado su algoritmo, indica que ha tomado conocimiento de la aceptación (acuse electrónico), salvo que sean “cláusulas generales de contratación redactadas previamente por una de las partes en forma general o abstracta con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares...” (artículo 1392) y siendo cada transacción u operación automática un contrato particular.

Es menester indicar que el siguiente artículo del LMCE y el PLEY (artículo 15 Tiempo y lugar de la recepción de un mensaje de datos), al amparo de la libertad de forma y contractual (artículos 141 y 1354), expone que de no convenir otra cosa el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el remitente tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, constituyendo dicho lugar el domicilio habitual de la personas (artículo 33). Ahora bien, prescribe, que siendo varios los establecimientos del remitente y del destinatario, se tendrá en cuenta el que guarde una relación mas estrecha con la operación realizada u el objeto del contrato; y de no poder establecer la operación mas estrecha la de su establecimiento principal, ha de precisar que nuestra legislación peruana admite la pluralidad de domicilios conforme lo prescribe el artículo 35.

Por último, ambas normas refieren si el remitente o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual conforme el artículo 33, que se establece en el artículo 9 del PAB.

3.5.1.2.- AMBITO INTERNACIONAL

En cuanto a la problemática de la contratación internacional por estos medios electrónicos, ello sustentado en la globalización de la economía y la internacionalización del tráfico de productos y servicios, ambas partes pueden ubicarse y en forma distante desde cualquier punto de la tierra sin importar fronteras ni distancias físicas, mas aun, cuando esta problemática se hace más compleja debido a que las partes oferente y o aceptante pueden, o bien los dos, o uno de ellos estar viajando (avión, tren barco etc.) es decir estar en una constante movilidad, utilizando medios o terminales móviles electrónicos, que imposibilita fijar la concordancia del lugar o espacio físico. O, desde otra concepción, no coincidiendo los centros de inteligencia de los agentes (donde se manifiesta la voluntad) con los lugares físicos de origen o país nacional. (Méndez / Caravaca 1996: 173), lo que da lugar a evaluar esta problemática, al respecto ha de tenerse en cuenta lo que manifiesta la tratadista española Vargas Gomez-Urrutia:

En un mercado intrínsecamente internacional como el que se desarrolla en el espacio electrónico, es necesario abordar la protección de usuarios y de los propios operadores de las redes como una visión global, entendido esto como el establecimiento de un marco jurídico de referencia que coadyuve a los legisladores nacionales a adaptar su normativa interna a los nuevos ´desafíos´ del comercio electrónico (Vargas Gomez-Urrutia 2000(b))

Así tomando en cuenta el razonamiento de la legislación interna, el lugar del perfeccionamiento contractual, sería el lugar donde se conoce la aceptación de la oferta enviada por el destinatario al oferente, teniéndose en cuenta de la recepción, tratándose de medios electrónicos, cuando el aceptante ha recibido el acuse del recibo de la aceptación de la oferta.

Así, si se presente diversas situaciones o hipótesis, tal como cuando el que inicia la recepción contractual es una persona localizada físicamente en el extranjero, que envía su oferta a una persona de nacionalidad peruana (localizada físicamente en el Perú) la cual deba aceptar y enviar su consentimiento al extranjero, ahora bien la interrogante que queda es: ¿Dónde quedará perfeccionado el contrato?

Igualmente, si esta persona que esta en el extranjero es peruana, pero que esta eventualmente en el extranjero, estaríamos en un contrato entre dos peruanos, podríamos asumir que el contrato queda perfeccionado o celebrado en el Perú, en consecuencia se rija por la legislación peruana. Empero si es un peruano residente en el extranjero que ha hecho y hace su vida en el extranjero o también es un extranjero el que contrata, la cuestión podría complicarse, pues el peruano residente o el extranjero, podría convenirla que el contrato no quede perfeccionado en el Perú y preferiría que se rija por la ley extranjera.

De otro lado una persona peruana, localizada en el Perú; envía una oferta por medios electrónicos a otra ubicada en el extranjero, localizada físicamente en el extranjero; y el extranjero acepta enviando su respuesta aceptación al Perú, presentándose la interrogante ¿Dónde quedara perfeccionada el contrato? Desde el razonamiento de la legislación peruana interna queda perfeccionada en el Perú, empero podría igualmente convenirse su perfeccionamiento como celebrado en el extranjero.

Ahora, si ambos agentes son de diversas nacionalidades y no se encuentran en sus respectivos países de origen sino en un tercer país; siempre que coincidan la sedes físicas con las sedes de los centros de inteligencias, el contrato puede ser convenido como celebrado en el país donde residen. La problemática extrema creemos que se presentaría, sería cuando estén en constante movilidad y no hay coincidencia ni continuidad entre sede física nacional y la sede de los centros de inteligencia, en consecuencia la fijación del lugar de celebración o perfeccionamiento contractual, puede quedar librado al albedrío de las partes.

La cual nos permite posesionar dos criterios:

1) Primer Criterio basado en precisar el lugar físico donde se localiza el perfeccionamiento del contrato, el cual cuando realizado por medios electrónicos se hace complejo por la movilidad de las contrapartes debido a alta sofisticación de las tecnologías y por tanto no hay coincidencia entre los centros de inteligencia con las sedes

físicas de los agentes, por lo que se presenta cierta dificultad.

2) Segundo Criterio basado en la voluntad de las partes las cuales convienen o asumen por la complejidad o por conveniencia el lugar o sede del perfeccionamiento contractual sea localizado en un lugar o país, de común acuerdo (Revoredo de Mur 1994). Se funda este criterio en la voluntad de los contratantes que nos parece viable en el sentido de que, dada la naturaleza de estos contratos electrónicos, se puede asumir un lugar para que rijan el contrato teniendo en cuenta en caso extremo que ambas partes puedan estar en lugares móviles y por supuesto con equipos móviles, de tal manera que es viable y comprensible que las partes puedan convenir un lugar para cual rijan los contratos y así evitarse conflictos innecesarios.

Al respecto retornando a la evaluación que hace el tratadista Argentino Lorenzetti, este manifiesta la problemática que presenta la contratación electrónica de connotar de por sí una tendencia internacional que permite interrelacionar a empresas, consumidores de diferentes países en forma sencilla y con muy bajos costos. Por lo que evaluando a la luz de del derecho internacional privado, este autor distingue dos situaciones, que creemos conveniente comentar concordando en la búsqueda adecuada del tratamiento de la contratación electrónica donde se relacionan algunos de sus elementos con diferentes sistemas nacionales. En una primera situación “cuando existe una cláusula convencional que establece la ley y la jurisdicción aplicable”, expone que es una cláusula válida siempre y cuando tenga una conexión relevante con el contrato y no contravenga o sea contraria a normas de orden público internacional o de orden público estatal. Y “cuando no hay pacto”, se aplicarán las normas de conflicto del derecho internacional privado. (Lorenzetti 2001: 205-206)

Es así que se presentan dos situaciones, por un lado la solución es convergente o asequible cuando haya posibilidad de discusión paritaria de las cláusulas, tal como lo hemos expuesto, empero tratándose de contratación dinámica, masiva como es la que caracteriza muchas veces a las realizadas por estos medios electrónicos, donde una de las partes ubica cláusulas predispuestas y mas aun cuando no se establece la legislación que rige el contrato e incluso la jurisdicción, es cuando se agudiza la problemática, teniendo en cuenta además que no exista tratado específico internacional para este tipo de contratación, salvado quedamos entonces por la aplicación del derecho internacional privado, la cual involucraría igualmente siempre dos posturas legislativas diferentes debido a las diferencias que deba existir entre países, no obstante, asumiendo que la norma privada internacional aplicable sea la nuestra, ello nos lleva al artículo 2047, que implica recurrir primeramente a los tratados internacionales ratificados por el Perú, luego las normas de derecho internacional privado y en ultima instancia los principios doctrinarios del derecho internacional privado.

En este orden de cosas, la determinación del lugar o sede contractual de la celebración o perfeccionamiento, así como para el cumplimiento de sus efectos jurídicos que deba regir en caso de conflictos siguiendo las normas de derecho internacional privado, y por supuesto no habiendo tratado específico, igualmente ofrece soluciones, siendo así que de acuerdo con el artículo 2096 del código civil peruano, este presenta la siguiente prelación 1)La ley expresamente elegido por las partes, 2)La ley del lugar del cumplimiento y 3)La ley de la obligación principal, 4)la ley del lugar donde se celebra el

contrato o donde quede perfeccionado este. De donde apreciamos que se ubica en primera opción la ley impuesta por la voluntad de las partes, la cual no sería el caso en una situación contractual donde no habido una relación paritaria.

En consecuencia el primer criterio basada en la voluntad de los contratantes sería viable en una relación paritaria donde se puede asumir un lugar para que rija el contrato teniendo en cuenta los casos extremos en que ambas partes puedan estar en lugares móviles y por supuesto con equipos móviles, de tal manera que es posible y comprensible que las partes puedan convenir un lugar para cual rijan los contratos para evitarse problemas.

La segunda la *lex loci executionis* es decir la ley del lugar del cumplimiento, se adopta siempre y cuando se pueda esclarecer el cumplimiento o ejecución de los actos en un lugar específico. En cuanto a la ley del cumplimiento de la obligación principal somos del mismo criterio anterior, lo que equivale a expresar, siempre y cuando se pueda diferenciar la obligación principal de las otras. En cuanto a la *lex loci contractus* o la ley del lugar de la celebración contractual debido a la naturaleza de estos medios siempre existirá una distancia real entre los contratantes, por lo que a nuestro criterio siendo que el lugar de la celebración siempre discurre entre dos puntos o localizaciones, no nos parece es viable aplicar esta fórmula si no están determinados o son determinables los lugares.

No obstante para concluir esta parte, no podemos dejar de lado la tendencia internacional de un sector de la doctrina en la que discurre la problemática de la contratación internacional por medios electrónicos en cuanto a la legislación aplicable, la cual ha motivado diversas propuestas, tal como que ha de "a) aplicar convenios internacionales b) aplicación la legislación del vendedor c) la legislación del comprador d) crear normas específicas para el internet." (Lorenzetti 2001: 207)

3.5.2.- DEL MOMENTO DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

En lo referente al tiempo o el momento en que queda perfeccionado el contrato por medios electrónicos, tanto en una relación <<telepresencial>> o interactiva con respuesta diferida, implica en el primer caso una instantaneidad en la convergencia de la voluntad contractual de las partes, quedando perfeccionando el contrato inmediatamente de la aceptación no habiendo mayores dificultades para determinar el momento de la aceptación.

En los casos de relación con respuesta diferida, es decir cuando hay un período de tiempo entre las partes quienes intercambian o dialogan contractualmente, habiendo una oferta de un lado y una posterior aceptación del otro para llegar al perfeccionamiento contractual, implica evaluar similarmente, tanto en ámbitos nacionales o locales así como internacionales.

En tal sentido debemos tener en cuenta en la perfección del contrato por medios electrónicos la moderna concepción que nos sugiere Lorenzetti entre ambas partes, tal como que en el emisor se ha desvalorizado los estado subjetivos pues se alzaprima en esto tipo de contratos la primacía de la declaración y la apariencia general o sea la parte

objetiva y de la otra parte o del receptor “también hay una evaluación hacia la objetivización”. No se requiere el conocimiento en sentido psicológico sino la “recognocibilidad” trayéndonos el siguiente ejemplo en las que “la declaración efectuado por un e-mail será eficaz apenas sea memorizados en la computadora” (Lorenzetti 2001: 182-183), no interesando el momento que este pueda revisar su correo y o abrirla para tomar conocimiento, sintetizando significaría que basta que ingrese al control efectivo del agente sin ser necesario que entre a la esfera del conocimiento para que quede perfeccionado el contrato, lo que nos conduce a precisar en el caso peruano (2do. párrafo - artículo 1374) que bastaría que el oferente envíe el acuse de recibo de la recepción de la aceptación al destinatario, para considerar que el contrato ha concluido, pues ha entrado a la esfera de control del oferente sin interesar si ha tomado real conocimiento o no, es decir y a nuestro forma de entender, sujeto a la presunción iuris et de iure, desde la óptica de la primacía de la “recognocibilidad” sobre el conocimiento, en consecuencia dando seguridad y agilidad a la contratación electrónica, no siendo así, se tendría una situación de inseguridad, que contradice la naturaleza comercial (tráfico ágil) y tecnológica de estos medios, mas aun si existen actualmente instrumentos técnicos de seguridad sofisticados, como son las firmas y los certificados digitales.

3.5.2.1.-EN EL AMBITO NACIONAL

Refiriendo los mismos artículos que en el análisis anterior (artículo 1373) *“El contrato queda perfeccionado en el momento... en que la aceptación es conocida por el oferente”*, el artículo 1374 (sin modificación) expresa *“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se considera conocida en el momento que llegan a la dirección del destinatario, a nos ser que estas se encuentren en la imposibilidad de conocerla”*

Al respecto quepa analizar sobre esta articulación, con los dos grupos de interacciones planteadas por medios electrónicos: <<telepresenciales>>, que son interactivas e inmediatas y las con respuesta diferidas y mediatas.

Reflexionando sobre el grupo de llamadas denominadas <<telepresenciales>>, donde se incluye en primera instancia los contratos realizados por teléfono, cuya relación interactiva es evidente, por las razones expuestas en tópicos anteriores. Considerando además que la legislación del código de 1936, le dio prerrogativas correlativas a una relación presencial e interactiva, pues de acuerdo al num. 1, del artículo 1330 de este cuerpo legislativo dispuso: *“Considerase como presente a la persona que contrata con otra por medio del teléfono”* que es la génesis de las relaciones contractuales <<telepresenciales>>. Hoy en día se incluye en este grupo <<telepresencial>> al video teléfono, sistema de teleconferencia privada fija o móvil, el EDI, la contratación por internet, sistemas que además de tener audio (similitud con el teléfono), tienen imagen, que nos coliga a pensar que en todos este grupo mencionado, el momento en que se perfecciona el contrato es inmediata.

Desde la óptica de la relación con respuesta diferida, donde al momento de enviar la oferta como es evidente concurre la presencia del que envía, en ausencia del agente del otro lado o receptor destinatario, en este tipo de relación hay un transcurrir del tiempo tan

igual que la relación denominada entre ausentes, presentándose las opciones con utilización del lenguaje escrito, tal como el correo electrónico, facsimil o telex, o usando el lenguaje verbal como el correo de voz. Concluimos que este grupo se asimila a una relación como los realizados por correspondencia o cartas y aplicable los artículos pertinentes a una relación no electrónica, tal como que el contrato quedará concluido en el momento en que la aceptación ha llegado a la dirección del destinatario (oferente) y en consecuencia es conocida por el oferente bajo presunción iuris tantum, es decir, salvo se encuentre en la imposibilidad de conocerlo (artículos 1373 y 1374); no obstante, en este último artículo, ha de tenerse en cuenta que el sistema adoptado, modificatoria –agregado- al segundo párrafo del artículo 1374 *“Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otros análogos, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”*, a nuestro parecer, marca la diferencia entre los medios no electrónicos y electrónicos, habiendo en este último caso, una presunción de conclusión contractual, cuando el remitente (oferente) envíe el acuse de recibo con recepción del destinatario, en señal que ha llegado la aceptación del destinatario al oferente, y desde luego, concluyendo el contrato por estos medios, que significa de otro lado, reafirmar en esa circunstancias el sistema de recepción (artículo 7 del PAB); concordando con la solución que asume la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de 1980 y los principios de la UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

Es necesario acotar lo que prescribe la LMCE y el PLEY (artículo 15 Tiempo... del envío y la recepción de un mensaje de datos), en cuanto al envío o expedición del mensaje, es decir cuando sale de la esfera del remitente oferente o la persona que envía (puede hacerlo la misma persona o el operador o empleado de la agencia o cabina pública), propone un esquema del momento de la recepción, al amparo del artículo 143 libertad de forma, 1) si el destinatario ha designado un sistema de información, el momento queda determinado en el momento que llega al sistema de información, ahora no siendo el sistema de información el designado, se entenderá que la recepción queda determinada en el momento que el destinatario recupere el mensaje de datos. 2) si no hubiera designación por el destinatario, el mensaje se tendrá lugar al entrar de datos a un sistema de información del destinatario que si bien no ha sido designado por aquel pero que conoce el remitente oferente. (artículo 10 del PAB)

3.5.2.2.-EN EL AMBITO INTERNACIONAL

A nivel internacional interesa el tiempo en que queda perfeccionado o celebrado el contrato, porque puede dar lugar que cualquier variación de la norma internacional aplicable o una ley interna que interese a los contratantes, pueda constituir una ventaja a una de las partes en desmedro de la otra, variando las condiciones con las que se pensaba originalmente cumplir en relación a los efectos del contrato o también pueda ser una motivación importante para la decisión de contratar y, desde luego que cambiando la ley original, ya no cabría mayor interés de seguir contratando, estas normas pueden ser de índole aduanero, tributario, financiero que puedan regir las condiciones objetivas del mercado donde se ejecutarán estas obligaciones. En resumen involucra las mismas prerrogativas que la legislación interna sólo que por su complejidad debido a diversidad

de nacionalidades, integración de gobiernos, grados de gobernabilidad, su tratamiento es más delicado, abonando nuestra posición a los tratadistas que recomiendan la suscripción de los países de un convenio internacional que permita delimitar el momento en que quede concluido el contrato.

3.6.- EVALUACION CONCLUSIVA

1)Abordando en forma general este tipo de contratamos analizamos cómo se ven afectados sus elementos formativos inherente al *agente capaz, la forma y formalidad observable por la ley*, principalmente, debido al surgimiento de las tecnologías electrónicas digitales, que están dando lugar a estas reflexiones que hemos intentando exponer a fin de coadyuvar la viabilidad eficaz de esta forma contractual.

Con relación al *agente capaz*, desde nuestra óptica particular, asumimos que la contratación con ayuda tecnológica ha evolucionado desde la contratación con presencia humana y con asistencia natural o mecánica, hasta la contratación electrónica sin presencia humana, lo que nos condujo a evaluar las relaciones entre presentes y ausentes, de conformidad con la denominación de la doctrina y legislación tradicional.

Dentro de las primera, existiendo entre las partes una distancia física o real mas o menos importante, la electrónica digital media como ayuda o asistente material ,pues si bien las partes no comparten la cercanía natural de una relación física, éstas, interrelacionan sus inteligencias en forma inmediata y simultanea, siendo en esencia esta relación casi presencial y que muchos denominan, contacto virtual, siendo ello lo que le da significado a la <<telepresencia>>, semejándolo a una presencia real, los *contratos en consecuencia que se perfeccionen por esta forma nosotros lo hemos denominados <<telepresenciales>>*.

Al respecto Horna expresa:

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 legislador impone una tecnología determinadas y que como es natural ya esta conclusión del contrato no depende de un hecho humano sino técnico (Horna 2001).

La otra modalidad, que creemos que es la máxima expresión de facilidad prestada al hombre por la automatización y proveniente de la tecnología electrónica digital, es en la cual los agentes capaces, basados en elaboradores electrónicos con acceso a redes como puede ser el Internet, sujetan su manifestación de voluntad a un software o sistema de expertos que contiene las directivas del intelecto humano inherentes a su voluntad, en este caso las partes, ceden sus instrucciones que permiten interactuar a las máquinas, sin la presencia humana e inclusive concluir un contrato, lo que realmente constituye una gesta moderna muy favorable para el hombre y en grado superlativo demuestra el dominio del hombre sobre la máquina y asimismo reafirma el papel de la tecnología como un medio feliz y confortable para el hombre (M.L. García-Mérta 1989)

En cuanto a la forma y formalidad ha observarse para la validez del acto jurídico, estas también se han innovado debido a las tecnologías electrónicas digitales u ópticas, así la *forma* de la manifestación de la voluntad, que son realmente a los medios electrónicos digitales, que se han incrementado a los medios naturales, mecánicos o electromecánicos, así lo estipula como referencia la legislación Argentina (Código Civil Argentino CCA) “La verdad es que forma de los actos jurídicos debemos entender todos los medios de declaración de la voluntad por los cuales se exterioriza (artículo 913). Las cuales pueden ser adoptada libremente por el autor o los autores de la manifestación de la voluntad (artículo 974), ya impuesta por la ley o convenida por las partes (artículo 975) a los fines de probar el acto jurídico o excepcionalmente, como requisito esencial de este último en cuanto a su existencia y validez (artículos 975A, 978) ” (Rolero 2001: 18-13); concordante con la legislación peruana, se relacionan con los artículos 141 (manifestación de la voluntad), 143 (libertad de forma), 144 (forma probatoria y forma solemne). En este último caso ligado, entre otros aspectos, con la *formalidad ad solemnitatem*, que nos lleva a los *documentos escritos* sobre soportes material, cuya resultante es de que innova a una tecnología de centurias de años como el papel; que en buena cuenta significa que el **documento escrito de papel puede desde ya, suplirse con el documento electrónico y asimismo la firma manuscrita con la firma digital** , lo que reitera la conformidad del uso del soporte electrónico y firma electrónico digital, para el cumplimiento de toda formalidad que emane tanto de la ley como por convenio, al respecto se comenta:

***lo que se ha dado por llamar documento electrónico o informático, todavía no ha sido tratado a profundidad por la doctrina (y jurisprudencia), si bien su incorporación a los más diversos campos de las relaciones jurídicas y sociales, hasta el punto de resultar ya socialmente obligatorio e irremplazable en el tráfico jurídico, y fundamentalmente la incorporación de la informática a la gestión pública –y a la judicial-, ira determinando una progresiva aceptación del soporte electrónico (...)* (Vilaboy y Gonzales 1993: 29).**

En consecuencia la forma y formalidad en los actos jurídicos amplía y enriquece su perspectiva al permitir el uso del documento sobre soporte electrónico digital alternativo con el documento sobre soporte material basado en el papel o similares, igual situación se presenta con la firma manuscrita y la firma digital y/o electrónica, de tal manera que se conjuga y alterna una **equiparidad y equivalencia funcional** ante el cumplimiento de una formalidad ad solemnitatem.

2.- Con relación a la formación contractual, que nos lleva a evaluar las formas de la manifestación de la voluntad, conducentes a formar el *consentimiento* -como el elemento característico del acto jurídico bilateral o contractual-, y desde luego la conclusión del contrato, pero esta vez dentro de este entorno electrónico digital, nuestros legisladores, en estos dos últimos años, han promulgando como repuesta algunas normas que han modificado nuestro código civil de 1984, en lo atinente al Acto Jurídico y los contratos; siendo la norma central de esta modificatoria el artículo 141 y 1374, modificados por ley No. 27291, “Ley que modifica el código civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica” publicado el 24 de junio del 2000, complementada con otras normas tales como a Ley No. 27269 “Ley de Firmas y Certificadas Digitales” cuya publicación se

precisa el 28 de Mayo de 2000 y su modificatoria.

En consecuencia concordante el artículo 1374 modificado se convierte en una suerte de principio normativo concordante con Horna, quien sostiene al referirse a estas modificatorias, que “La contratación celebrada a través de los medios electrónicos tiene un alcance normativo” (Horna 2001), no obstante de acuerdo a nuestra evaluación y divergiendo de este especialista, la contratación por medios electrónicos no se restringe a contratación entre ausentes, sino tiene una cobertura mas lata, como ya lo hemos evaluado, así pueden incluirse los contrato entre presentes o casi entre presentes que llamamos <<telepresenciales>> (anulado la distancia por la velocidad de trasmisión de las tecnologías), pues en ambas partes interactúa el elemento humano y en el segundo se diferencia en que son coadyuvados por los elementos electrónicos digitales, y que nosotros designamos como una relación contractual interactiva; asimismo tenemos la contratación con presencia o <<telepresencia>> humana en una parte y respuesta automática del aceptante en el otro, como es el caso de los contratos inmediatos on line por internet y la contratación on line sin presencia humana entre dos partes; ahora bien, entre los contratos realizados entre ausentes, se tendrá en estos últimos casos, los contratos por correo electrónico, lo cual implica una relación no interactiva o con respuesta diferida en el tiempo en relación a un iniciador u oferente, lo que nos permite cubrir las diversas gamas del recurso electrónico digital para contratar que comprende la clásica clasificación de presentes y ausentes.

En cuanto a la manifestación de la voluntad normada por el artículo 141 modificado, es de nuestra reiteración que la expresión “cualquier medio directo”, explicamos no es en si mismo un modo de formulación, como se apreciaba en el texto primigenio, y aclarado por la modificatoria, sino que recalca de acuerdo a la evidencia textual, el medio tecnológico-digital u óptico como medio de facilitación, pues de los dos grandes modos de formulación, a saber, expresa y tácita, la primera sólo reconoce la forma oral y escrita, que no ha variado en los hombres y mas bien estas expresiones han encontrado en estas tecnologías un plexo variable y versátil de realizarse, y que sólo por una opción de predicción postulamos a otros modos de formulación como la visual o mental.

En cuanto a la formalidad, ya evaluada en el punto anterior y relativo al acto jurídico general, y concretamente la formalidad ad solemnitatem en los contratos u otros actos jurídicos que puedan ser exigidos por ley o convenidas por las partes bajo sanción de nulidad, el documento escrito y firma material puede ser suplido por el medio electrónico digital u óptico con su equivalente funcional: el documento electrónico y la firma digital. (artículo 141A).

En lo que corresponde a la conclusión de estos contratos, estos quedarán concluidos cuando el destinatario de la oferta reciba el acuse de recibo de su aceptación por el oferente, señal que ha sido recibido por éste, lo que nos permite apreciar que los contratos por estos medios electrónicos, siguen la teoría de la recepción. (artículo 1374 modificado- 2do. párrafo).

3.-De otro lado podemos evaluar en relación a la manifestación de la voluntad, las formas en que se podría incurrir en error contratando por medios electrónicos, no del consentimiento conforme lo refiere cierto sector de la doctrina española (Carrascosa 1997: 12); en primer lugar debemos inferir que estos son cada vez menos posibles por la

alta calidad de los software o programas y sistemas los cuales tienen diversos niveles de seguridad y protección, que le permite a los agentes chequear y rectificar automáticamente cualquier vestigio que pueda traducirse en un error por mala apreciación visual, distorsión del audio escucha o imagen multimedia. No obstante, podemos considerar que siendo el elemento humano el actor fundamental en todo acto jurídico, el peso fundamental recae lógicamente en él, por mas perfeccionamiento de la máquina, pues el error o la génesis de un acto doloso se encuentra en el intelecto humano que como sabemos se traducen en la voluntad que es expuesta al exterior.

No obstante lo referido, nosotros creemos y postulamos dos posiciones básicas y extremas que nos pueden permitir teorizar sobre los vicios de la voluntad, con énfasis en el error, cuando contratamos por los medios electrónicos, a saber:

Primer extremo:

a) La Máquina o elaborador electrónico es sólo una ayuda para las decisiones humanas, es un nuncio o un simple intermediario sin decisiones mas allá de llevar el mensaje conteniendo la voluntad del hombre

Respuesta a esta premisa.-Tal como referimos en un capítulo anterior, la máquina es una herramienta de ayuda para afinar nuestras decisiones basados en nuestra información, datos o conocimientos, y cuando nosotros tomamos una decisión, ello es producto de nuestro cerebro que contiene un sistema de inteligencia natural o conjunto de “*software natural*” (sistemas sistema neuronal y nerviosos), donde concurren bases de datos naturales y otros sistemas neurobiológicos intelectivos, los que después del proceso natural, salen como un producto elaborado (manifestación de voluntad) auxiliado por nuestro sistema vocal (voz), manual (dedos) o en combinación con diversas máquinas, dentro de ellas la mas elaborada como una PC y que luego de ser traducida en bits, fluyen por las redes y plataformas o sistemas artificiales a otra maquina donde concurre un sistema convergente correlativo a la otro parte, cuyo mensaje que contiene la voluntad será recibido y traducida al entender de su contraparte destinatario, que entiende nuestro sistema de expresión o, lenguaje. En consecuencia toda falla o *error* en el mensaje, es humano y no de la máquina que es un simple elemento como referimos una “máquina boba”, que se ciñe a las condiciones y elementos que dispuso el hombre o agente capaz, tratándose de un contrato.

Segundo extremo:

b) “La maquina es un ente autónomo, esta autonomía depende de su grado de sofisticación, “puede decidir”, aun “actuar” y determinar los casos supuestos por el hombre, de probable ocurrencia o que probablemente ocurra, basado en las instrucciones del programa o sistema de expertos”

Respuesta a esta premisa.- El hombre esta en capacidad de prever situaciones o por lo menos apreciar un margen de ocurrencia, es decir, lo que probablemente pueda ocurrir, debido que al elegir este sistema de alta sofisticación, debe estar informado, de la capacidad del software y hasta donde puede llegar; y en ese sentido, cualquier resultado debido a la concepción erróneo de apreciación, diseño y elaboración del software, lo apreciaríamos como error de vicio. No obstante la máquina y específicamente su software, puede de acuerdo a una lógica de actuación, decidir ciertas “actuaciones por su

cuenta”, y dar resultados no previsto sobrepasando lo que el hombre no previó o que no debía suceder según la lógica humana, lo que aparentemente le daría cierta autonomía, sin embargo, no siendo cierto que sea autónoma, recurrimos a cierto razonamiento, pensando que las personas como producto de una *emoción violenta*, una situación de *eminente peligro*, se conducen por situaciones impensadas, de tal manera que guiándonos por esta lógica humana, la probabilidad de cierta actuación de la máquina, no pensada por el agente capaz, nos permite coligar que estaríamos en un error obstativo, ya que la máquina no actuó en las probables directivas del hombre contenida en su conciencia, sino que declaró una cosa que no estaba en la voluntad del hombre y que la máquina “creyendo actuar bien”, basado en su alta lógica de decisión, tanto lo que permite la especialización de su software (inteligencia artificial de alta sofisticación), declaró una cosa impensada por el agente humano.

Ambas situaciones extremas, creemos que nos dan luces para permitirnos diferenciar los conceptos de error de vicio y error obstativo en un sistema automático de contratación de alta sofisticación, habida cuenta que existen tratadistas que sostienen la imposibilidad de probar que hay error en contratación por estos medios “En la contratación electrónica puede resultar muy difícil constatar que hay discernimiento de quien maneja una computadora; puede ser arduo verificar si tuvo intención real de obligarse; puede ser imposible probar que hay error, dolo o violencia.” (Lorenzetti 2001: 167)

4.-En cuanto al perfeccionamiento contractual en forma automatizada: máquina a máquina, y en donde no hay una formalidad ad solemnitatem por cumplir y la manifestación de la voluntad yace librada a un software o sistema de expertos, su conclusión tiene que ver con un simple (clic) o un <<enter>>, ello nos invita a reflexionar si ese contrato queda concluido con la interacción de una oferta automática y la contestación igualmente automática y simplista del destinatario aceptando la oferta, nuestra respuesta es de que el contrato queda concluido automáticamente y sin admitir de plano la ficción “que los contratos generados por computadoras están exceptuados del requisito de la voluntad del agente” (Brizzio Claudia: 2001), puesto que esta interacción automática se gesta a partir de instrucciones creadas por el hombre, donde plasma su querer o voluntad, sólo que por conveniencia entre las partes, estas sólo pueden enterarse o se enteran en una etapa posterior de la realización concreta del contrato, empero, esta en su voluntad y conocimiento, que las máquinas están preparadas para contratar en cualquier momento. De tal manera que este automatismo contractual obliga a las partes, los cuales no pueden negar la validez de tales transacciones, así lo ha dispuesto la jurisprudencia americana, tal como es el caso mencionado por Brizzio, en el sentido de que en “Estados Unidos de América se ha resuelto que una compañía de seguros queda obligada por la respuesta automática a la solicitud de renovación de póliza, en razón de que la computadora obra de acuerdo con la información y las instrucciones de su operador” (Brizzio 2001).

5.-Desde otro ángulo y revisado la legislación de otros países, los contratos formulados por medios electrónicos/digitales para realizar operaciones de compra venta por la red, se registra una defensa y tutela al consumidor, cuando se trate de relaciones comerciales B2C (Business-Consumer), negocios y consumidores, donde se aprecia una parte fuerte asumida por el negociante y una débil por el consumidor, la cual nos

permite apreciar dos modalidades generales de realización, tal como que una de ellas se produce ejecutando una compra rápida realizadas en la red o internet que es inmediata, como la venta ofrecida y aceptada en una web que la asemejamos a una compra donde una parte es humana y de la otra responde la máquina, esta “oferta se realiza en un instante y el que esta navegando solo le queda comprarlo o no, no tiene otra opción, una vez que se retiro de la pagina y si vuelve no esta mas la oferta” pues esta caducó (Rolero 1-13), ahora en cuanto a la inmediatez en que se produce la oferta y aceptación, la especialista Argentina entiende, que esta relación es “entre presentes”, nosotros creemos en estricto que se *asemeja* a entre presentes, dado que sólo una parte es humana y la otra es automática. La otra forma tipo, concurre cuando se compra por correo electrónico, lo cual sería el equivalente a un contrato entre ausentes, es decir con respuesta diferida entre la respuesta y la oferta, “en donde tiene todas las características de cualquier oferta escrita, en la cual el sujeto hace un ofrecimiento a persona indeterminada y le queda siempre la posibilidad de contratar o no, pero para la aceptación ya se necesita de mayor cantidad de tiempo” (Rolero 2001).

En estas condiciones de ventas, las legislaciones sobre contratos aplicable a los contratos electrónicos, oscilan entre los contratos de adhesión o con cláusulas generales de contratación y la normas tutoras de los usuarios y consumidores, buscando el equilibrio de esta situación y teniendo en cuenta que “La protección del consumidor en el ámbito ‘virtual’ presenta numerosos desafíos: la vulnerabilidad, las asimetrías informativas, las cláusulas abusivas, la publicidad, la responsabilidad” (Lorenzetti 2001: 217), se propugna en consecuencia, que las oferta y condiciones por estos medios son obligatorias para el anunciador, quien es el oferente en todos los casos, e incluso en caso de duda, se deberá favorecer al consumidor o usuario. Igualmente en relación a las denominadas cláusulas abusivas, se esta en lo que mas favorece al consumidor, siendo esta la tendencia en el mundo, al menos las confirman las leyes de consumidores y usuarios de Argentina, España, México, se hace la salvedad que esta protección concurre sólo en los contratos en que una de las partes intervienen los consumidores o usuarios, siendo la normativa legislativa de estos países, normas de orden publico, mas no se da esta situación en otro tipo de relaciones, en las que no intervengan estas partes con dicha calidad, donde hay una supuesta equidad para cualquiera de las partes.

Ahora bien, por la naturaleza técnica operativa de esta forma de operar, la transacción comercial, nos permite decidir que estamos en un contrato de adhesión o también en un contrato con cláusulas generales de contratación (contratación sin presencia o intervención humana), en la que generalmente hay una persona quien en forma unilateral predispone las cláusulas o presenta las condiciones de venta, las cuales se plasman sobre un documento electrónico, siendo el asunto critico comprobar si el consumidor ha tomado conocimiento de las condiciones del contrato de compra venta, necesaria y justa para evitar abusos, ya que si estamos en estos tipos de contratos, podemos observar que en ambas formas, se pueden establecer cláusulas abusivas y lesivas a una de las partes, al respecto de debe tener en cuenta que:

La desventaja de los contratos tipo radica en el peligro que implica. En particular, los contratos tipo unilaterales suelen ser el instrumento que emplean las empresas para imponer cláusulas abusivas a la contraparte (Lopez Santa María

1998: 180)

Esto como es evidente trastoca la clásica concepción del derecho, que los contratos se negocian de acuerdo a la voluntad de las partes, ello debido a la velocidad en que se vive y que se hacen las transacciones comerciales, y la gesta del *consumer masa* debida a la globalización de la economía; empero, si bien una de las formas clásicas de división es de ser de libre discusión o paritaria y los contratos de adhesión, el primero denominado “contrato de negociación individual” donde los sujetos tiene igualdad o similitud de poder de negociación y los otros “estructurados por una de las partes y puestas a disposición de la otra para su rechazo o aceptación (al menos en sus condiciones fundamentales...” (Gherzi 1995); esta ultima situación, es lo que caracteriza mayormente a los contratos electrónica donde una de las partes es automática (pues hay contratos o negocios por medios electrónicos, en las que se pueden discutirse las condiciones del negocio), y en consecuencia, es el único que impone sus condiciones o cláusulas y conforma una posición de dominio contractual, derivando de una imposición que podrían desnaturalizar la esencia del contrato, plasmándose en cláusulas leoninas y siendo esta forma precisamente una de las características de los contrato electrónicos y cuyos excesos trataremos de evitar de acuerdo a nuestra propuesta, sin embargo como bien lo explica Díez Picazzo analizando el artículo 1691 del código civil español, al referirse a las cláusulas leoninas, la legislación procura resguardar el equilibrio, resolviendo que estos pactos son nulos, favoreciendo a la parte más débil o afectada, pues:

la cláusula leonina suele ser una cláusula impuesta por una de las partes a la otra, que sólo lo consiente formalmente, porque no lo puede rehusar y el derecho –se dice- acude al lado del débil por lo que la sanción se limita al que abusa de su fuerza económica, despojándose de la ventaja conseguida y situándose en condiciones de paridad con el que era su víctima o por lo menos se encuentra en situación desfavorable (Díez-Picazo 1980: 240-241)

Nuestro código civil en forma similar lo refiere en el artículo 1398, al prescribir que en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobados administrativamente “no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o de resolverlo...”, apuntando a restablecer el equilibrio; no obstante, es claro, debemos pensar en la buena fe de las personas, los cuales con la confianza, se constituyen como los ejes fundamentales en las relaciones comerciales electrónicas, así lo considera por lo demás, el artículo 168 en relación a la buena fe, la cual debe estar en ambas partes, pero en si, no podemos obviar las desavenencias humanas en el sentido de cualquier falla del otro, debilidad o vacío del contratodesfavorable para una de las partes, puede dar lugar a que sea aprovechada por el otro, sobrepasando el plano de la ley y derivando desde luego en situaciones injustas.

Desde otro ángulo, es claro que nosotros pensamos y estamos de acuerdo que con la legislación por medios electrónicos vigente en el Perú es posible regular esta materia, no obstante creemos como dice Horna, que el trascurso de la practica donde se vislumbra una constante de actuación contractual por medios electrónicos, nos dirá si es necesario abundar de mas normas o dejar que los negocio se “regule o autorregulen” (Horna 2001), siendo lo contrario o no concordando con el legislador peruano, creemos que cualquier norma que se promulgue, deberá apuntar los lineamientos básicos o las

cláusulas bases del proyecto que postulamos y que se elaboró recogiendo la legislación y doctrina extranjera mas reciente de la materia, asimilando por supuesto la reflexión del “jus strictum y aequum” apuntada por Enneccerus, y aplicable a esta regulación post moderna, en el sentido que “ni el derecho más rígido puede prescindir de todas las diversidades ni el derecho más equitativo (flexible) ajustarse a toda especialidad imaginable...”, (Enneccerus 1947: 193-194).

6.-Finalmente abordando el artículo el 2do. Párrafo del artículo 1374 comentado en diversos acápite, postulamos que el acuse de recibo cursado por el oferente indicando haber recibido la aceptación de la oferta y por ende tomado conocimiento, debe entenderse su obligatoriedad cuando es realizada por medios electrónicos, amparado por la presunción iuris et de iure indicando la conclusión del contrato, dándole seguridad y agilidad al acto contractual por estos medios.

CAPÍTULO IV. NORMATIVA JURÍDICA INTERNACIONAL, PROYECTO Y PROPUESTA DE LEY PERUANA DE CPME

4.1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

En este tópico numeramos la normativa internacional principal que sustenta directa e indirectamente la contratación electrónica (Vattier Fuenzalida: 2001) y que creemos ha sido y es basamentos para toda normativa en los países sobre comercio electrónico y contratación electrónica, y de la que algunas de estas principales nos valemos para proponer los lineamientos y la posibilidad de una regulación de la contratación electrónicos, tal como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico propuesta por UNCITRAL (Resolución 51/162 asamblea general – 8ª. Sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996. Naciones Unidas Nueva York, 1997)

Igualmente sabemos del contrato tipo aprobado por la Comisión Europea de Comercio Electrónico (aprobado por la Comisión Europea – Recomendación del 19 de Octubre de 1994), la “Iniciativa Europea de Comercio Electrónico” que fue acordado por la Comunicación de la Comisión del 16 de Abril de 1997 y con dictamen favorable por el Consejo Económico y Social el 29 de Octubre de 1997 e igualmente la Comunicación de la Comisión del 08 de Octubre de 1997, sobre “El fomento de la seguridad y confianza en la comunicación electrónica. Hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado interpretación futura del acuerdo” (COM (97) 503 final), antecedente inmediato de la propuesta de la Propuesta de Directiva de 13 de mayo de 1998, para un marco común para la firma electrónica (COM (98) 297 final); siendo estas normas que inspiraron la formación de la Ley de firma electrónica publicada por Real Decreto-ley 14/1999, del 17 de septiembre y los Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico Español de los años 2000 y 2001 que hemos tenido como fuentes primarias de esta evaluación y análisis normativo.

Como complementación agregamos que hemos tomado conocimiento de la Convención de Viena sobre la Compra Venta internacional de 1980, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT (Roma, 1995); y de la normativa española: el artículo 7.3 de la ley 7/1998 de 13 de Abril sobre condiciones generales a los contratos por adhesión, los artículos 38 a 48 de la Ley Orgánica 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio Minorista.

La normativa española de menor rango fue una referencia valiosa, que corrobora a repensar la carencia en nuestro sistema normativo (Vattier Fuenzalida 2001), estas son a) el artículo 49 de la ley 24/1988, de 28 de Julio del mercado de Valores referente a la interconexión bursátil b) La transferencia electrónica de fondos para el pago de obligaciones, que rige por la Circular del Banco de España de 26 de julio de 1991 c) El Real Decreto 1369/1987, del 18 de septiembre d) El acuerdo del 11 de marzo sobre la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre la transmisión de información por línea telemática (BOE de 27 de marzo).

En el ámbito de la administración pública el sistema español menciona las siguientes leyes:

-Las relaciones de los ciudadanos con las administraciones públicas de conformidad con el artículo 45 de la ley 30/1992 de 21 de noviembre

-El régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo común, por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero.

-Relaciones de los interesados, los notarios y los órganos judiciales con el registro de Propiedad, artículos 418 y 418 a-d aprobado por los Reales Decretos 430/1990 de 30 de Marzo y 2537/1994 del 29 de diciembre.

-Con relación al IVA por vía telemática, artículo 88 de la ley 37/1992, de 28 de diciembre.

-Libramiento de documentos de giro mercantil en soporte informático por el artículo 73 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

-Del Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados del

texto refundido de 24 de septiembre de 1993.

-La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de datos de Carácter Personal, a cargo de la Agencia de Protección de Datos, cuyo Estatuto han sido aprobados por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.

Por lo mismo siguiendo con el marco internacional, hemos analizado, evaluado la normativa internacional más influyente y representativa al caso peruano y que hemos tenido acceso, inherente a los tópicos de Contratación Electrónica poniéndolo énfasis en la manifestación de la voluntad, formación del consentimiento y el perfeccionamiento contractual, tal como lo referimos en el acápite anterior y que reiteramos en el presente capítulo tal como la LMCE recomendada a los países miembros, la Ley Colombiana sobre mensajes de datos, Comercio Electrónica y Firma Digital Ley 525 del 18 de Agosto de 1999, La ley del Estado de UTAH de USA Versión corregida – Diciembre 1996 y la Ley Reglamentaria de Firma Digital de la República Federal Alemana 1996, La Ley Española sobre firma electrónica y certificados digitales 1999, y los Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico del año 2000 y 2001, material que ha sido valioso para proponer una alternativa de propuesta para la legislación peruana.

Hacemos la salvedad la LMCE ha tenido y esta teniendo ingerencia en los proyecto de leyes de otros países (Proyecto de ley que regula la contratación electrónica. Ley de Comercio Electrónico Agosto de 1999) y ha tenido influencia con la promulgación de la Ley Colombiana sobre mensajes de datos, comercio electrónico y firma digital, cuyo textos legislativos son similares en el fondo y parecidos en su estructura, empero ambos, en cuanto a la redacción, se orientación en un mix forzado de la terminología inglesa y castellanizada. En cambio la legislación española representado Anteproyecto de ley de Comercio Electrónico del 2001 y la ley de firmas electrónicas de 1999 tienen una estructura y redacción diferente, es decir con enjambre netamente romana germánica, que le da riqueza a la evaluación por las diferencias acotadas.

4.1.1. LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE COMERCIO ELECTRONICO

Retomando la resolución aprobada por la Asamblea General,^{85ª}. Sesión plenaria 16 de diciembre de 1996, esta se dirige “fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos que carezcan de ellos.” comprende dos partes Primera Parte Comercio electrónico en general, tres capítulos y 15 artículos y la segunda Parte Comercio Electrónico en materias específicas, un capítulo, dos artículos y una Guía para la incorporación al derecho interno de la ley Modelo del UNCITRAL sobre El Comercio Electrónico, que es como la exposición de motivos, contiene la finalidad que trata sobre los aspectos generales y un comentario artículo por artículo, lo cual haremos un comentario sucinto.

En ese sentido presentamos una evaluación descriptiva de la ley modelo de UNCITRAL.

Este modelo tiene dos partes y capítulos, con la siguiente estructura

Primera Parte

Capítulo I.-Disposiciones Generales

Se ocupa del ámbito de aplicación, definiciones, interpretación y modificaciones

Capítulo II.-Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.

Capítulo III.-Comunicación de los mensajes de datos.

Segunda Parte

Capítulo I.- Transporte de mercancías

Se comparte la evaluación siguiendo a la articulación en la que se establece la ley.

Evaluación por artículos:

Primera Parte

Capítulo I.-Disposiciones Generales

Contiene el ámbito de aplicación, definiciones, interpretación y modificaciones

Artículo 1.-En el ámbito de aplicación hace referencia del término “comercial” que deberá ser interpretado “ampliamente de la forma que abarque las cuestiones suscitadas para toda relación de índole comercial, sea o no contractual”, es decir abarca cuestiones mas allá de lo netamente contractual.

Artículo 2.-Define el significado de *mensaje de datos* que se refiere a mensaje contenidos en soportes electrónicos, digitales y ópticos o similares lo que indica que va mas allá de la enumeración planteada, sea que en el mensaje contenga una oferta contractual o también la aceptación, motivo de nuestra evaluación.

Define *remite y destinatario*, equiparado con el trasmisor (emisor) oferente y el receptor destinatario del mensaje contractual, “intercambio electrónica de datos EDI”, iniciado oferente desde el punto de vista contractual, destinatario, intermediario y *sistema de información* como aquel que es usado para enviar, recibir, archivar o procesar “mensajes de datos”, que en buena cuenta significa la posibilidad de tengamos un sistema de emisión del mensaje contractual así como un sistema de recepción de los mismos, los que contractualmente puede significar interactuar con presencia humana en ambos lados e igualmente también con cierta autonomía, es decir sin presencia humana en uno los dos lados.

Artículo 3.-En cuanto a la *interpretación* en el numeral 1) trata de separar el origen nacional con el internacional ya que no necesariamente un contrato por medios electrónicos puede tener origen internacional (emisión u origen del mensaje contractual en el extranjero), si no que puede ser originado y emitido desde el ámbito nacional a un destinatario igualmente nacional, o también originado en el ámbito nacional puede tener un destinatario extranjero.

En cuanto a promover la uniformidad de su aplicación creemos que se refiere a la uniformidad de la doctrina jurisprudencial que propugna nuestro ordenamiento adjetivo o la Ley Orgánica del Poder Judicial. La buena fe de acuerdo al artículo 1362 es inherente

a la tendencia de nuestra legislación conforme lo dispone nuestro código civil en el Libro VII relativo a fuentes de obligaciones de la sección primera Contratación General. El numeral 2) se refiere a los vacíos que pueda tener esta ley y esto se suple conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de conformidad con la obligatoriedad de los jueces de administrar justicia no habiendo ley escrita aplicable, se aplicará luego la costumbre y en ausencia valdrán los principios generales de derecho (Rubio Correa 1988: 288-289), no coincidiendo con el número 8 del artículo 139 de la constitución que infiere la aplicación inmediata a falta de ley, de los principios generales de derecho negando indica Aníbal Torres Vásquez a la costumbre la categoría subsidiaria de primer orden. (Torres Vásquez 1996: 20-21)

Artículo 4.- Las modificaciones de los acuerdos como es de ley tiene que hacerse con la venia de ambas partes, siendo el contrato un acto jurídico bilateral se sustenta con mayor razón.

Capítulo II.-Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.

Artículo 5.-Desecha la discriminación del uso de soporte digital de mensaje de datos equiparando la validez jurídica del mensaje de datos contenidos en soporte material.

Artículo 6.- Punto 1) Correlativo al anterior todo mensaje escrito tiene plena validez si se hace por medios digitales (bit energético), teniendo igual fuerza obligatoria que los hechos en medios materiales (atómico masa).

Punto 2)Comprende los casos de formalidad ad solemnitatem cuyo incumplimiento conduce a la nulidad del acto jurídico.

Artículo 7.- Equipara la firma ológrafa hecha sobre un soporte material con la firma digital plasmado sobre un soporte digital.

En el punto a) se refiere en cuanto a relacionar el mensaje con el contenido. En el punto b) Concretamente se refiere a la garantía y fiabilidad de la firma digital su certificación y el certificador que emplean métodos para su conformación correcta.

El punto 2) Referido a la formalidad ad solemnitatem cuyo incumplimiento conduce a la nulidad del acto jurídico.

Artículo 8.- El numeral 1)La diferencia de mensaje de datos original y copia en medios digitales es imperceptible, habiendo una identidad entre el original y la copia, esta copia o mensaje de datos similar al original por la misma naturaleza de la tecnología, de tal manera que de acuerdo a la GUIA, si por original se entiende el soporte al que por primera vez se consigna en materia digital sería imposible hablar mensaje de datos de naturaleza digital, por lo que desde otro contexto y habiendo diversos procedimientos técnicos para certificar su carácter de original, este equivalente funcional nos dará la seguridad y conformidad que requerimos tan igual como un documento en soporte material. Subíndice a)Se refiere a la garantía de la integridad del documento original en medios digitales como mensaje de datos... y el subíndice b) a la posibilidad permanente de presentarse en caso de ser requerida por la persona a la que se deba presentar.

El numeral 2) Es inherente a la solemnidad de la ley o trato convencional relativo a la

conservación e integridad del documentos original.

El numeral 3) subíndice 1 del numeral 1) indica en a) en cuanto a la integridad de la información las excepciones de una supuesta alteración sólo se deba al endoso o algún cambio debido al proceso de su comunicación, archivo o presentación y en b) conviene a la fiabilidad del documento dentro de los fines que se genero la información y todas las circunstancias del caso.

Artículo 9.- Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos:

En el punto 1) Los sistemas probatorios no deben discriminar a los documentos o mensajes de datos por medios digitales como medios idóneos

Presenta dos vertientes, punto a) por sólo el hecho de no estar dentro de los medios tradicionales basadas en el papel e inclusive firma ológrafa y punto b) de no ser el original sino una copia digital de la misma, siendo ese el único documento (la copia...) que la persona pueda presentar cuando corresponda.

El punto 2) supone la fuerza probatoria del mensaje de datos en forma digital. Y trata de exponer las condiciones o requisitos que para tener la fuerza probatoria de este mensaje de datos, los cuales son la fiabilidad en la forma que ha sido:

- generado los datos
- archivado
- comunicado
- conservado la integridad de la información
- identifique al remitente
- otros aspectos técnicos.

Artículo 10.-Conservación de los mensajes de datos:

Tonado el punto 1) señala los requisitos de los mensajes de datos relativos la conservación de los “documento”, “registros” o cualquier “información”, estos son:

a)ACCESIBILIDAD para ser accesible a una posterior consulta.

b)REPRODUCTIVIDAD de tal manera que reproduzca con exactitud la información generada, enviada o recibida.

c)REGISTRO DEL TIEMPO, tanto de la fecha y la hora del envío y recepción para permitir el origen y el destino.

El punto 2) Indica la no obligatoriedad de conservar ciertos documentos, registros o informaciones a los intermediarios o los que facilitan el envío o recepción del mensaje.

El punto 3) es de permitir a terceros prestar servicios de conservación de mensajes de datos observando los requisitos de los inciso b) y c) del párrafo 1.

Capítulo III.-Comunicación de los mensajes de datos

Artículo 11.-Formación y validez de los contratos

Se refiere específicamente a la celebración de los contratos por medios electrónicos, salvo pacto en contrario la oferta o su aceptación” podrá ser expresado por medios

electrónicos. Señalando la validez del contrato por medios electrónicos no habiendo "discriminación" o menor fuerza vinculante que los contratos hechos por medios tradicionales.

Artículo 12.-Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos:

Como el título lo indica es el reconocimiento de la manifestación de la voluntad por medios electrónicos cuya realización tendrá los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria.

Artículo 13.-Atribución de los mensajes de datos:

Relacionado al no repudio, en el punto 1) es el reconocimiento de quien envía los datos; y el punto 2) relaciona al remitente frente al destinatario en cuanto al envío el mensaje de datos por el remitente.

El inciso a) fija la facultad para que un tercero pueda suplir en el envío de los datos al remitente, caso de los representantes legales o autorizados.

El inciso b) aquí se trata un diálogo contractual en la que una parte es automatizada o sistema programable que si bien no lo dice puede ser un diálogo entre maquinas o sistemas programables.

En el punto 3) relaciona al destinatario frente al remitente o al envío de un mensaje de datos que puede ser contractual, ocurriendo esto, se tendría:

El inciso a) permitirá la comprobación del origen del mensaje y su relación con remitente, revisar los procedimientos adecuados.

El inciso b) se relaciona a los terceros que puedan suplir al remitente, igualmente que conozca el acceso.

En el punto 4) La inaplicabilidad del punto 3

Inciso a) Cuando hay una suplantación del envío del mensaje y comunicada por el remitente.

Inciso b) Cuando el destinatario sepa y debiera saber (actuando con diligencia) que el mensaje no proviene del remitente.

En el punto 5) es la responsabilidad del destinatario del envío de datos del remitente, siempre y cuando de acuerdo a los métodos adoptados sepa que corresponde al remitente. Cuando el destinatario actuara con dolo o culpa es decir sabiendo que no corresponde al remitente, no podrá gozar de las prerrogativas (...)

En el punto 6) es la consistencia de saber que un mensaje de datos es separados y si recibiera otro mensaje y actuando con diligencia no tendrá culpa ya que siempre lo considerara por separado.

Artículo 14.- Acuse de Recibo:

El punto 1) Cuando hay una solicitud o acuerdo del remitente y el destinatario para que se acuse recibo del mensaje de datos inherentes al los punto del 2) al 4).

El punto 2) es cuando el remitente no acuerde con el destinatario el acuse de recibo en forma determinada, se tiene dos formas de acusar recibo:

Inciso a) cualquier comunicación automatizada o no

Inciso b) Todo acto del destinatario que indique si ha recibido el mensaje de datos.

El punto 3) Condición de que cuando se haya acordado un acuse de recibo y no haya hecho a quien le corresponde es como si no se hubiera recibido el mensaje.

El punto 4) En este caso al fijarse un plazo y no se ha recibido o al no haberse convenido y luego de un plazo prudencial se podrá optar por lo siguiente:

Inciso a) Dar aviso al destinatario que no se ha recibido acuse de recibo.

Inciso b) de acuerdo al asunto anterior podrá hacer tres cosas:

-dar aviso al destinatario que no se ha recibido

-considerar que no se ha recibido el mensaje de datos

-ejercer otro derecho que pueda tener.

El punto 5) presunción de recepción del mensaje de datos por el remitente por el destinatario

El punto 6) requisitos técnicos convenidos del mensaje de datos.

El punto 7) independencia de la fuerza jurídica del mensaje de datos.

Artículo 15.-Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos:

Punto 1) Salvo pacto en contrario del remitente y destinatario, se entiende por expedido cuando entre al sistema de información que no está en el control de un sistema de información bajo la esfera del remitente.

Punto 2) Salvo pacto en contrario, el momento de recepción del remitente y destinatario será:

Inciso a) Cuando hay designación del destinatario del sistema de información para la recepción:

Subinciso i) En el momento que el mensaje entre al sistema de información designada. Hay precisión del lugar de recepción.

Subinciso ii) De enviarse a otro sistema de información no designada, en el momento que el destinatario recupere el mensaje de datos. Quepa la iniciativa del destinatario.

Inciso b) Cuando no hay designación, se entenderá su recepción cuando hay entrado el mensaje en un sistema de información del destinatario. Se debe precisar que el destinatario deba tener varios sistemas de información.

Punto 3) Estrecha la relación del párrafo 2 aun en las circunstancias del párrafo 4.

Punto 4) Salvo pacto en contrario remitente y el destinatario tendrán como domicilio habitual el lugar del establecimiento.

Inciso a) Residencia habitual al establecimiento que guarda una relación mas estrecha con el negocio o la operación subyacente.

Inciso b) Residencia habitual en caso de no tener establecimiento.

La segunda parte, no trata específicamente de la materia que nos compete como

parte evaluación y análisis nuestro tema estudio.

Finalmente podemos resumir que la ley modelo de UNCITRAL subyace concordando con otros marcos jurídicos los principios de equivalencia funcional, adaptabilidad y funcionalidad. Al respecto Mariana Silveira al evaluar y comentar sobre los marcos jurídicos en América Latina, expresa:

Las normas tienen como objetivo el promover: ./El principio de Equivalencia Funcional. ./Los cambios necesarios para adaptarse a la realidad latinoamericana./Principio básicos para lograr la uniformidad./La neutralidad Tecnológica (Silveira 2001)

4.1.2.-LA LEY COLOMBIANA SOBRE MENSAJES DE DATOS, COMERCIO ELECTRÓNICO Y FIRMA DIGITAL

Esta Ley consta de 4 partes y 47 artículos fue promulgada el 18 de agosto de 1999, en general su basamento sigue el LMCE, por lo que haremos un resumen de su articulado mas representativo.

Así en el artículo 2 de definiciones y en el literal a) relación a los mensajes de datos hace ver que la forma de contratar en forma electrónica se puede hacer por el EDI, Internet, correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax, cuya relación no es limitativa (“como pudiera ser entre otros”) lo que permite ampliar otros sistemas, servicios o terminales que existen o que en el futuro se inventen.

El literal b) define sobre lo que comprende el Comercio Electrónico haciendo ver la gama de operaciones que abarca el comercio electrónico puede ser contractual y no contractual, estando la contratación electrónica comprendido dentro de las posibilidades del comercio electrónico.

Ahora bien la articulación pertinente a la contratación por medios electrónicos se detallan de los artículos 14 al 25.

Artículo 14.-Expone sobre la formación y validez de los contratos, su formación a través del agente emisor o iniciador y la aceptación del destinatario y rescata la validez o la fuerza obligatoria de un contrato que no difiere del PLEY.

Artículo 15.-Reconoce los mensajes de datos en buena cuenta los textos del diálogo contractual entre el iniciador y destinatario rescata nuevamente la validez de los mensajes de datos realizados por medios electrónicos.

Artículo 16.-Refiere las formas en que el agente pueda manifestar su voluntad, siendo dos la forma directa e indirecta (representación) y lo que llamamos el congelamiento del pensamiento que en su más alta expresión de la tecnología la automatización o contratación maquina a maquina.

Artículo 17.-Reconoce la presunción del origen de un mensaje de datos cuando ha sido enviado por el iniciador o emisor u oferente originario hacia la otra parte destinataria, relacionado con la aplicación de un procedimiento previamente acordado o cuando interviene un mandatario.

Artículo18.-Se refiere a la integridad y fidelidad del mensaje que haya una concordancia entre el mensaje de datos enviado y recibido.

Artículo19.-Expone sobre la duplicación de datos, la presunción es de que cada mensaje es diferente salvo que el destinatario sepa que es un duplicado.

Artículo20.-Indica las forma de acuse de recibo, la cual puede no ser automatizada, cualquier acto en que el destinatario indique que ha recibido el mensaje de datos.

Artículo21.-Refiere sobre la presunción de recepción de un mensaje de datos significa que hay un acuse de recibo.

Artículo22.-Expresa la identidad entre el texto que contiene el diálogo contractual y sus consecuencias jurídicas inherente a un contrato o negocio jurídico.

Artículo23.-El tiempo del envío del mensaje se tendrá por expedido cuando ingrese a un sistema de información que no este bajo el control de la parte iniciadora o emisora originaria del dialogo contractual.

Artículo24.-Expone la determinación del tiempo de recepción de un mensaje si no se conviene entre las partes contratantes, bajo dos vertientes una si se designa el momento que ingresa el mensaje de datos, la recepción tendrá lugar en el momento preciso que ingresa y el otro caso cuando no hay designación tendrá lugar cuando el mensaje entra a un sistema de información del destinatario.

Artículo 25.-Nos muestra el lugar del envío y recepción del mensaje de datos, cuando haya varios establecimientos, el lugar que sea mas subyacente con la operación o si tiene varios tendrá en cuenta el lugar de su residencia habitual.

La segunda parte esta relacionado con el Comercio de transporte Electrónico en materia de Transporte de Mercancías y la III parte sobre las firmas digitales, certificados y entidades de certificación.

En este ultimo caso LA FIRMA DIGITAL sabemos que las firmas permiten una mayor seguridad y confianza para los negocio comerciales y en si la contratación por medios electrónicos, la ley Colombiano de acorde con la doctrina mas reciente sobre firmas electrónicas fija los atributos en el artículo 28 de ser único por la persona que lo usa, susceptible de ser verificada, esta bajo control exclusivo de la persona que lo usa, esta ligada a la información o mensaje y cubre los acápites formulada en nuestra ley de firmas digitales.

4.1.3.-ANTEPROYECTOS DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO DE ESPAÑA

4.1.3.1.-ANTEPROYECTO DEL 2000

Regula el comercio electrónico en general y comprende 7 títulos, Disposiciones generales (I), Prestación de servicios de la sociedad de información (II), comunicaciones comerciales por la vía electrónica (III), contrato de vía electrónica (IV), Solución extrajudicial u Judicial de los conflictos (V), vigilancia, control y cooperación (VI),

Infracciones y sanciones (VII).

Siendo el IV Capítulo relacionado con la contratación electrónica, comentaremos los artículos que atañen a esta ley, los cuales detallamos:

En líneas generales la regulación pone énfasis a la compra-venta de los usuarios y consumidores, quienes peticionan a un destinatario prestador de servicios o el que vende el servicio o producto, siendo la excepción, los otros que no son usuarios y consumidores; por lo que se aprecia una tutela al consumidor o usuario.

Capítulo Único.- Validez y eficacia de los contratos electrónicos:

Artículo 18.-Los contratos celebrados por vía electrónica

Se refiere a la validez de los contratos por vía electrónica que tendrán plena validez conforme a las normas generales relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos regulados por el código civil español u otras normas especiales. Asimismo define lo que es este tipo de contrato referido a la celebración sin la presencia simultánea de las partes por medios de equipos electrónicos conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos. Igualmente regula que contratos y actos jurídicos que no se deben formular por medios electrónicos.

Artículo 19.- Información requerida:

Se refiere a la información que debe dar el prestador de servicios a los consumidores y usuarios, tales como la forma de tramitación por estos medios, si se va archivar y ser accesible los datos materia de venta, los medios técnicos para identificar y corregir los bienes y servicios que quieran adquirir así como los códigos de conducta que deban observarse.

Artículo 20.-Realización de su petición:

Se refiere a la petición que hace el usuario y consumidor al prestador del servicio o los bienes las cuales deben hacerse de haber recibido o no el acuse de recibo.

Artículo 21.-Prueba de las obligaciones:

Las cuales se reglarán con las reglas generales del derecho, las normas procesales y la ley sobre firmas electrónicas.

Artículo 22.-Lugar de la celebración:

Indica la presunción del lugar donde el destinatario realizó su petición, salvo que no sea consumidor o usuario y ambas pacten en contrario. Servirá para interpretar conforme los usos y costumbres, la exigencia de los requisitos y exigir su cumplimiento.

Artículo 23.-Ley aplicable y jurisdicción competente:

Cuando alguno de los contratantes no sea español se determinará para la ley aplicable y la jurisdicción competente el lugar donde el destinatario realizó su petición, luego los convenios y tratados internacionales donde España sea parte y en su defecto el derecho internacional privado establecido por el título preliminar.

4.1.3.2.-ANTEPROYECTO DE LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Data del 30 de Abril del 2001, igualmente forma parte de una Ley General de Comercio Electrónico, concretamente se refiere a la normativa de contratación electrónica inherente al título IV, que contiene dos capítulos, capítulo I Normas generales sobre contratación electrónica que contiene 5 artículos y el capítulo II con 4 artículos relativos a la formación y celebración de los contratos, la cual vamos a dar énfasis, a saber:

Capítulo I

Normas Generales sobre contratación electrónica

Artículo 23.-Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica Equipara los efectos de los contratos por medios electrónicos, con los contratos en general, siempre y cuando cumpla con los requisitos necesarios para su validez. Su uso puede ser utilizado sin acuerdo previo.

Artículo 24.-Exclusión de determinados contratos, negocios o actos jurídicos.

Excluye a actos jurídicos de derecho de familia y sucesiones.

Artículo 25.-Valor Jurídico y prueba de los contratos celebrados por vía electrónica.

Equiparidad funcional del soporte electrónico con el digital. La prueba se regirá por la legislación sobre medios probatorios, de documentación electrónica y legislación sobre firmas electrónicas.

Artículo 26.-Ejecución.

La ejecución o los efectos se regirán por las normas generales relativas al cumplimiento de las obligaciones.

Artículo 27.-Ley aplicable y jurisdicción competente.

Se estará a los convenios y tratados internacionales y normas de derecho internacional privado.

Capítulo II

Formación y celebración de los contratos electrónicos.

Artículo 28.-Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación.

Lo que el oferente deba facilitar al destinatario sean estos usuarios o consumidores o no, para evitar el abuso de posición de dominio del oferente, dándose mayor protección al usuario y consumidor, tal como la información necesaria y suficiente, las condiciones específicas y generales de contratación.

Artículo 29.-Información posterior a la celebración del contrato.

Dispone la obligatoriedad de la confirmación de la aceptación por el oferente por un acuse de recibo y la presunción de aceptación y su conformación, y la no necesidad de la confirmación de la recepción de la aceptación de una oferta.

Artículo 30.-Momento de la celebración del contrato.

Adopta el criterio de la expedición del destinatario para el perfeccionamiento contractual.

Artículo 31.-Lugar de celebración del contrato.

Tutela al consumidor, en el sentido que se presumirá celebrado en el lugar en que este tenga su residencia habitual.

4.1.4.-LA LEY DEL ESTADO DE UTAH SOBRE LA FIRMA DIGITAL

Tiene un tratamiento amplio sobre la firma digital y no lo define como la ley Colombiana dejándolo a la doctrina, someramente en el punto 103 DEFINICIONES incluye los diversos conceptos o frases inherente a la firma electrónica tal como Criptosistemas asimétrico, certificados, División, Falsificar una firma, Poseer una clave Privada, Poseer una clave Privada, emitir un certificado, clave pública, clave privada etc., aspectos que permiten tomar como referencia para compararlo con la ley vigente en nuestro país, y en lo concerniente a su correlación con la contratación por medios electrónicos.(Ley del Estado de UTA – firma digital, vigente desde 1966)

4.1.5.-LA LEY REGLAMENTARIA DE FIRMA DIGITAL DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA (1996)

Es otra de las modernas opciones en regulación de firma electrónica donde se tiene en cuenta los procedimientos para el otorgamiento para el Otorgamiento y la Revocación de Licencias, Costos, Procedimiento de solicitud, Instrucciones del solicitante, Creación y Almacenamiento de claves de firmas e información de identificación, Distribución de claves de formas e Información de identificación. Validez de los certificados, Registros Públicos de Certificados, Procedimiento para bloqueo de certificados, Confiabilidad del personal, Protección de los componentes técnicos, Plan de seguridad, Documentación, Cese de Actividades, Control de Certificadores, Requerimientos para componentes técnicos, Verificación de los componentes técnicos, Firmas Digitales renovadas después de cierto plazo cuya plasmación textual merece tenerlo en cuenta para afirmar nuestra ley de firmas digitales vigentes.

Es necesario referir, que estas dos últimas leyes sobre firmas digitales, no siendo materia de nuestro estudio, pero si guarda cierta incidencia con la contratación por estos medios, tiene que ver con la seguridad, integridad, confiabilidad e identidad del dialogo contractual, que si bien implica en los países como el Perú un costo que hace inoportuna su viabilidad en algunos sectores de la sociedad, en otros países con mejores posibilidades económicas, constituye una solución viable en el trafico de bienes y servicios.

4.1.6.-LA LEY ESPAÑOLA SOBRE FIRMA ELECTRONICA

Fue promulgado por Real Decreto Ley No. 14/1999 el 17 de septiembre, su estructura consta de 34 artículos, siete títulos, dos disposiciones adicionales y tres finales, con relación al tema de investigación tiene que ver con la emisión de la oferta y la aceptación por los agentes capaces, las cuales en lugar de usar soporte de papel usan soporte digital que asimismo da lugar al uso de firmas electrónicas avanzadas o digitales. Para lo

cual se emiten certificados digitales por prestadores de certificación que prestan estos servicios oficialmente, y quienes emiten un certificado de reconocimiento para “garantizar y proteger la seguridad y la integración de las comunicaciones telemáticas, en las que se emplee la firma electrónica”, tal como es el caso de los contratos por medios electrónicos”.

Mas por otro lado y en lo inherente al título I, Artículo 3 sobre efectos de la firma electrónicas, expresa que, “siempre que esté basada en un certificado reconocido que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma tendrá respecto a los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible” equiparando la firma hechos por medios tradicionales con los electrónicos o digitales, mas aún, si esta firma electrónica no reúna todos los requisitos previstos no se “le negará efectos jurídicos ni será excluido como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”, extendiendo la aplicabilidad de la firma electrónica sin discriminación con la firma manuscrita.

4.1.7.-OTRAS NORMATIVAS Y LEYES DE ORGANIZACIONES Y PAISES

-La norma ISO/IEC 7498-2 de la Organización Internacional de normas ISO, sobre las que descansa todos los desarrollos normativos posteriores, regula servicios de seguridad sobre confidencialidad, integridad, autenticidad, control de acceso y no repudio. (Biaggi 2001)

-Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Mayo de 1997, inherente a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE L144 del 4 de junio de 1997); establece la confirmación por escrito o sobre soporte permanente, durante la ejecución del contrato o en el momento de la recepción de los bienes adquiridos, no existiendo impedimento legal alguna para que esta confirmación pueda ser efectuada por correo electrónico y firma electrónica si fuese el caso. (Rico Carrillo 2000)

- Comunicación de la Comisión de las Comunidades europeas al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económica social y al Comité de las regiones sobre la iniciativa europea de comercio electrónico (COMO(97)157 final) presentada el 16 de abril de 1997.

La directiva es aplicable a los contratos desarrollados a través del internet entre un consumidor y un proveedor, dentro de los aspectos tratados que debe disponer las informaciones al consumidor debes ser a)identidad del proveedor y en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección; b) características esenciales del bien o del servicios; c)Precio del bien o del servicio, incluidos todos los impuestos d)gastos de entrega, en su caso e)modalidades del pago, entrega o ejecución; f)existencia de un derecho de resolución... g)coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcula sobre una base distinta de la tarifa básica; h)plazo de validez dela oferta y del precio; entre otras cosas. (Botana García 2000)

- Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999 sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información (DOCE C23 de 28 de enero de 1999).

Donde se destaca que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y el desarrollo de la sociedad de la información en cuanto a las ventajas que puede ofrecer a los consumidores, procurando en general la transparencia y el derecho a recibir, antes de la transacción y en su caso después de ella, información suficiente y fiable, así como la protección de los consumidores frente a las prácticas de comercialización no solicitadas, engañosas y desleales. (Botana García 2000)

- Decisión No. 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias a favor de los consumidores (DOCE L34 de 9 de febrero de 1999)

Se incide las acciones destinadas a la protección de los intereses económicos, evalúa las ventajas y riesgos potenciales para los consumidores en una sociedad de la información. (Botana García 2000)

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por lo que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L13 de 9 de enero del 200).

En general esta directiva incide en algunas previsiones destinadas a la protección de los consumidores en el sistema de certificados. (Botana García 2000)

- Ley 26/1984, de julio, General para la defensa de los consumidores y Usuarios (BOE de 24 de julio de 1984)

Su sigla corresponde a la LGDCU y contiene algunos preceptos serán de aplicación a los contratos electrónicos, así se considera exigible por los consumidores o usuarios el contenido de la oferta, promoción y publicidad respecto a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad de los productos o servicios, las prestaciones propias de ellos y las garantías o servicios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. (Botana García 2000)

- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE de 17 de enero de 1996).

Cuya sigla corresponde a LOCM, concretamente regula la contratación sobre ventas a distancia sean estas consumidores o no. (Botana García 2000)

-Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación (BOE 31 de diciembre de 1998)

Las siglas son LCGC que en su artículo 5.3. impulsa el desarrollo de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. (Botana García 2000)

-Real Decreto 1906/1999 del 17 de Diciembre. Esta norma regula la contratación telefónica o electrónica en condiciones de generales de contratación en desarrollo del artículo 5.3. de la ley 7/1998 que prevé la aplicación a contratos a distancia o sin presencia física simultánea de las partes contratantes, realizadas por vía telefónica, electrónica, telemática que contengan condiciones generales de contratación. El ámbito

aplicativo del Real Decreto se extiende, pues, a cualquier contrato celebrado a distancia que utilice cualquiera de los medios de comunicación mencionados y que contengan condiciones generales de la contratación, siempre que la adhesión a las condiciones generales que se hay realizado en España. (Perales Viscasillas 2000)

-En México por Decreto se reforman y adicionan diversas disposiciones del código civil para el distrito Federal en materia común y para toda la Republica en materia federal, del código federal de Procedimientos Civiles, del código de comercio y la ley de protección al consumidor, del 29 de Mayo del 2,000

Que permite o facilita el uso de los medios electrónicos para manifestar la voluntad y contratar, la prueba por medios electrónicos u ópticos. En el caso del código de comercio el contrato se perfecciona cuando se reciba la aceptación de la propuesta, incluye el capítulo de comercio electrónico y asimismo tutela los derechos de los consumidores a través del uso de los medios electrónicos o de cualquier otra tecnología, sumándose a la tendencia de alzar al consumidor en las redes telemáticas.

-Ley de Firmas Electrónica Japonés (versión no oficial) publicado en Abril del 2001

Se suma a los países a la regulación del comercio electrónico en función de la firma digital, con la finalidad expresa en su artículo 1 (propósitos), de propiciar el desarrollo de la economía nacional y lograr la presunción de autenticidad en los registros electromagnéticos y la acreditación, “ (...to contribute to the improvement of the citizen’s quality of life and the sound development of the authenticity of electro-magnetic records, the provisions for acreditación...) ” Contiene 6 capítulos y 46 artículos.

-La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compra venta Internacional de Mercaderías (Viena 11 de Abril de 1980)

Contiene 11 artículos sobre la formación del contrato (del 14 al 24), donde se destaca que toda propuesta es una invitación a invitar salvo se indique claramente lo contrario (artículo 14), el silencio no constituye aceptación por si solos (artículo 18), la respuesta de la oferta que contiene adiciones, modificaciones es una contraoferta (artículo 19). Considera además el teléfono, telex u “otro medios de comunicación instantánea”, donde se incluirá los medios electrónicos digitales en la contratación; entre otros artículo relativos a la formación de los contratos que regula la compra venta internacional de mercadería que desde luego pueden ser guías para cualquier normativa conducente a una regulación de contratación electrónica.

-UNIDROIT Principles of International Comercial Contracts (1994).

Considera igualmente un capítulo para la formación contractual que incluye 22 artículos, Definición de la oferta (artículo 2.2) donde se destaca que una propuesta para concluir un contrato se constituye una oferta; Retiro de la oferta (artículo 2.3.); Revocación de la oferta (artículo 2.4); Rechazo de la oferta (artículo 2.5); luego modo de la Aceptación (artículo 2.6); El plazo de aceptación (artículo 2.7); Aceptación con plazo fijo: Aceptación tardía (artículo 2.9); Retiro de la aceptación (2.10); Modificación de la aceptación; Conclusión del contrato (artículo 2.13) entre otras que similarmente a la norma anterior son guías que ha de tenerse en cuenta en una formulación objetiva de

una norma para la contratación por medios electrónicos.

4.2.- DEL PROYECTO DE LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROPUESTA DE LA REGULACIÓN DE CPME EN EL PERU

En cuanto al Perú se tiene lo siguiente el Proyecto de Ley No. 5010 de Agosto del año 1999 sin aprobación hasta momento fecha y que regula aspectos de la CONTRATACIÓN ELECTRONICA, fue presentada por el ex-congresista Jorge Muñiz Ziches. Nuestro estudio analiza los articulados ligados a la contratación haciendo los comentarios pertinentes y desde luego en una segunda parte y teniendo en cuenta citas y aportes de algunos tratadistas nacionales y extranjeros hacemos los aportes necesarios que debe tener una futura ley que se formule.

4.2.1.-ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL PROYECTO DE LEY

Este Proyecto presenta las siguientes partes.

LOS CONSIDERANDOS que fundamenta la necesidad de esta ley y propone la ley de COMERCIO ELECTRÓNICO.

Tiene 2 partes y 3 capítulos

Primera Parte

Capitulo I.-Disposiciones Generales

Capitulo II.-Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Capitulo III.-Comunicación de los mensajes de datos.

Segunda Parte

Capitulo I.- Transporte de mercancías

Evaluación por artículos:

Primera Parte

Capítulo I.-Disposiciones Generales

Se ocupa del ámbito de aplicación, definiciones, interpretación y modificaciones

Artículo1.-En el ámbito de aplicación hace referencia del término “comercial” que abarca las cuestiones mas allá del ámbito puramente contractual. Similar en su primer apartado a la ley Colombiana (LCOL) y la ley Modelo del UNCITRAL (LMCE), salvo que la LCOL (artículo 1) hace dos advertencias que no considera el Proyecto de la Ley Peruana (PLEY), y son los caso en que no deba aplicarse, una en las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales y otro por disposición legal impediendo.

Artículo 2.- Concuerta con la LMCE, similares definiciones tiene la LCOL (artículo 2) salvo que el PLEY sólo define lo referente al Comercio Electrónico y excluye las definiciones inherente a la Firma digital debido desde luego que la intención del legislador peruano de dar tratamiento por separado.

Artículo 3.- Concuerta con LMCE y coincide esta última situación con la LCOL (artículo 4).

Artículo 4.- Las modificaciones de los acuerdos o contratos se hace con la venia de las partes no en forma unilateral, pues el contrato constituye un acto bilateral.

Capítulo II.-Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.

Artículo 5.-Concuerta con LMCE. Similar al artículo 5 (Reconocimiento jurídico del mensaje de datos) del LCOL

Artículo 6.- Concuerta con LMCE y Similar el artículo 6 (escrito) del LCOL.

Artículo 7.-Concuerta con LMCE y similar artículo 7 (firma) de la LCOL.

Artículo 8.- Concuerta con LMCE En el fondo y forma coincide con los artículos 8 (original) y 9 (Integridad de mensaje de datos) de la PLEY.

Artículo 9.- Concuerta con LMCE. La LCOL se refiere al código adjetivo y precisa la concordancia con la fuerza de ley que le da el código procesal civil colombiano. En el caso peruano el valor y fuerza probatoria se tendra que observar lo contenido en el Titulo VIII MEDIOS PROBATORIOS del Código procesal Civil.

Capítulo I.- Disposiciones Generales .

Artículo 10.-Conservación de los mensajes de datos

Concordante con LMCE. Este articulo reúne las mismas características de los artículos 10 (admisibilidad), 11 (Criterio para valorar un mensaje de datos) 12 (Conservación de los mensajes de datos) de la LCOL.

Capítulo III.-Comunicación de los mensajes de datos

Artículo 11.-Formación y validez de los contratos

Concordado con el artículo 11 de la LMCE

Artículo 12.-Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos

Concordante con el artículo 12 de la LMCE.

Artículo 13.-Atribución de los mensajes de datos:

Concordante con el artículo 13 de la LMCE. El artículo 14 (Formación y validez de los contratos), artículo 15 (Reconocimiento de los mensajes de datos), artículo 16 (Atribuciones de un mensaje de datos), artículo 17 (Presunción del origen de un mensaje de datos), artículo 18 (Concordancia del mensaje de datos con el mensaje de datos recibido), artículo 19 (Mensajes de datos duplicados) todos ellos de la LCOL, son agrupados en los artículos anteriores inherentes al capítulo III de Comunicaciones de mensajes de datos del PLEY, lo cual no merece mayores comentarios por que en ambas

leyes se ha hecho la evaluación de los comentarios inherentes a la materia que detallan.

Artículo 14.-Acuse de Recibo

Concordante con el artículo 14 de la LMCE.

Artículo 15.-Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

Revisado los artículos 14 y 15 de igual manera que en el grupo anterior siendo de la misma fuente modelo concuerdan con el artículos 20 (Acuse recibo), artículo 21(Presunción de recepción de un mensaje de datos), artículo 22 (Efectos Jurídicos), artículo 23 (Tiempo de envío de un mensaje de datos) artículo 24 (Tiempo de recepción de un mensaje de datos) artículo 25 (Lugar del envío y recepción del mensaje de datos).

En la segunda parte, ambos PLEY y LCOL no trata específicamente de la materia que nos compete como parte evaluación y análisis de nuestro tema estudio, por lo que en el siguiente acápite se hará una evaluación integrada de este Proyecto en relación al la ley Colombiana y la ley modelo de LMCE que sustenta a ambos.

4.2.2.-EVALUACIÓN GENERAL

En general la ley Modelo de UNCITRAL convergiendo con algunos tratadistas, es una norma de naturaleza abierta y flexible y apunta básicamente a consolidar la equivalencia funcional y operativa de los medios electrónicos con los medios físicos, en un mundo donde la herramienta electrónica se alzaprima como una constante. Siendo las reglas o recomendaciones normativas de carácter potestativo, las cuales se sujetarán a las reglas de carácter imperativo que los países mantienen en sus respectivas legislaciones internas.

Los anteproyectos españolas, por su parte son más específicos, los cuales regulan algunos aspectos con mayores detalles, principalmente y siendo enfático, en lo relativo a la tutela efectiva del usuario y el consumidor cuando es parte de los negocios electrónicos, sentando diferencia en éste último con la Ley Modelo de la UNCITRAL.

Con relación al Proyecto de ley de Ley peruana, este conserva la terminología resultante de la elaboración original (Ley Modelo de UNCITRAL) de la lengua inglesa al traducirse al español, que creemos es un tanto inapropiada, lo que nos induce adecuarla a nuestro sistema civilista que fundamenta la arquitectura del ordenamiento peruano y a la que tendremos que apuntar desde la óptica de tener una ley adecuada a nuestra realidad comercial y negocial.

Por otro lado tal como se digo anteriormente tanto el Proyecto de Ley peruana como la Ley Colombiana ambos tiene su antecedente en la Ley Modelo propuesta por LMCE, tan es así que la articulación correlativa al PLEY del artículo 5 hasta el artículo 15 se corrobora similarmente con los artículos del 14 al 25 de la LCOL, salvo matices de empleos de palabras, frases y giros que adopta cada país en su redacción.

También ponemos en tapete que no se tiene capítulo alguno sobre la ley que rige el contrato para su cumplimiento ni la solución de conflictos en caso de divergencias entre las partes, que si bien no es materia especifica de nuestro estudio, una regulación jurídica para el Comercio Electrónico que se considere completa debe incluir y contemplar

alternativas de solución. Nuestra posición es de que se debe actuar en dos frentes o conjugar dos planos: A) El plano nacional es decir el comercio entre nacionales que tendrá que acoplar las normas actuales a la realidad actual y cimentada sobre la formalidad del derecho escrito que es la realidad de nuestro derecho nacional. Es decir las premisas del derecho interno deben aplicarse para los nacionales. B) En el plano internacional, cuando se realice contrataciones entre nacionales y el resto del mundo, el comercio internacional estará ceñido, de acuerdo a nuestra apreciación y no habiendo convenio internacional específico, a las costumbres y a las prácticas internacionales del comercio tradicional en lo que sea aplicable, por ser más asequibles a la realidad debido a su flexibilidad y al requerimiento de soluciones rápidas y eficientes que prima en los negocios y transacciones internacionales relativas al comercio electrónico.

Redondeando esta posición apuntamos que para resolver uno de los problemas contractuales en el ciberespacio se debe apuntar a resolver dos aspectos fundamentales: 1) La competencia judicial internacional y 2) La ley aplicable que nos permite precisar, tal como algunos estudiosos de la materia ya lo plantean, y no incluyen la necesidad de usar la legislación interna, pues "La objeción de que las soluciones jurídicas de derecho interno carecen de viabilidad para regular las relaciones jurídicas que se concierten vía internet o para regir por la misma red de redes, puede ser despejada, prima facie, partiendo de una afirmación que no merece mayor demostración: es perfectamente normal que situaciones jurídicas concertadas con varios ordenamientos extrajeros sean sometidos al derecho de uno o varios Estados. (Vargas Gomez-Urrutia 2000) Asimismo hay que tener en cuenta la posibilidad de la creación de entidades si bien burocráticas muy necesarias cuando se trata realidades como nuestros países donde hay una cultura de confianza venido a menos y necesitamos dar solidez a nuestros actos y resolución de conflictos, así Espinoza nos expresa "En el Perú, es necesario la creación de una Superintendencia para la Contratación Electrónica que se sirva de nexo y garantía para el desarrollo de políticas que faciliten las operaciones seguras en el Ciberespacio. Esta institución deberá crear las condiciones necesarias para que las empresas prestadoras de servicios operen con los requisitos mínimos de seguridad que imponga la ley respectiva, además de servir de contacto con sus similares en el mundo". (Espinoza Céspedes 2000)

Finalmente el impacto de tecnologías telemáticas futuras en los diversos campos del comercio y específicamente en lo relacionado con los medios electrónicos para las transacciones de bienes y servicios, y pagos van traer consigo aspectos inéditos e insospechables, que el derecho tiene que resolver, siempre y cuando corresponda y convenga alguna medida reguladora, a fin de evitar desequilibrios y desajustes en las operaciones comerciales.

4.2.3.-LINEAMIENTOS Y PROPUESTA DE ARTICULACIÓN BASE (PAB) PARA NORMATIVAR LA CONTRATACIÓN PME.

4.2.3.1.-LINEAMIENTOS:

A nuestro criterio cualquier normativa de la contratación por medios electrónicos, sean estas una ley especial o incluida en una ley general de comercio electrónico, se debe recomendar las siguientes pautas:

1.-En general se debe armonizar las leyes concurrentes a la normativa de contratación y comercio electrónico con las contenidas en el derecho civil, legislación de derecho de autor, publicidad y derechos del consumidor entre otras, en el sentido de que no presente incompatibilidades o fisuras que redunden en inaplicaciones por deficiencia de la ley.

2.-El Estado debe asumir en concordancia con las organizaciones especializadas en Comercio electrónico, tal como el Instituto Peruano de Comercio Electrónico, Cámara de Software, Sociedad Civil o similares; una estrategia legislativa que pueda concluir con éxito una normativa modelo aplicable a nuestro país.

3.-Dado la naturaleza del comercio electrónico desarrollado sobre un escenario global, la normativa de contratación que se establezca deberá tener en cuenta la flexibilidad necesaria para no agotar inmediatamente su vigencia.

4.-El lenguaje usado en la redacción por la normativa debe mantener en la medida de las posibilidades, nuestra tradición legislativa, de tal manera que no se produzca oscuridades debido a un lenguaje poco común usado en la redacción de la normativa.

5.-La legislación debe en lo posible combinar lo mejor de la legalidad del civil law y lo mejor del sentido jurisprudencial y practicidad del common law, teniendo en cuenta que toda normativa sobre comercio electrónico apunta a la integración de estos dos sistemas.

4.2.3.2.-PROPUESTA DE ARTÍCULOS BASES PARA NORMAR LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

DISPOSICIONES GENERALES APLICATIVAS A LA CPME

ARTÍCULO 1.-DEL AMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de la presente norma se aplicará a toda declaración contractual formuladas en mensajes por medios electrónicos que contienen datos, información y en general todo contenido que conllevan manifestación o declaración de la voluntad dirigidas a la formación de un contrato por estos medios.

ARTICULO 2.-DEL SOMETIMIENTO A LAS REGLAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

La presente norma regula la contratación por medios electrónicos, en consecuencia quedan sometidos a las reglas de contratación general estipulados en el artículo 1353 del Código Civil, en caso de duda su interpretación tendrá en cuenta el principio de la buena fe, el sentido que resulte de integrar todas las prescripciones contractuales o finalmente a la que resulte mas adecuada al objeto y naturaleza, inspiradas en los principios generales que regulan el derecho peruano.

ARTICULO 3.-DE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD POR MEDIOS ELECTRONICOS

La oferta, la aceptación y cualquier otra manifestación de la voluntad cursados por

mensajes electrónicos dirigidas a perfeccionar un contrato por estos medios, tendrán igual validez y eficacia jurídica que los formulados por otras modalidades contemplados en el código civil, salvo aquellas, que deba observar la formalidad señalada por la ley bajo sanción de nulidad. En cualquier caso esta formalidad será cumplida también por medios electrónicos, cumpliendo estos con los requisitos y requerimientos técnicos señalados por la autoridad respectiva concordante con la legislación de la materia.

ARTICULO 4.-VALOR JURÍDICO Y PROBATORIO DE LOS MEDIOS ELECTRONICOS

La oferta, la aceptación y cualquier otra manifestación de la voluntad dirigida a otra persona, no se le negará validez, efectos jurídicos y o fuerza obligatoria por la sola razón de haberse hecha por medios electrónicos. En consecuencia las obligaciones que deriven de los actos tendrán el mismo valor jurídico que los que se hagan por otro soporte tal como el documento basado en el papel.

La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica se regirán por el código procesal civil, la legislación sobre firma electrónicas y otras leyes especiales inherentes al valor probatorio de estos actos.

DE LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

ARTICULO 5.-DE LAS OBLIGACIONES PREVIAS A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Salvo el caso que ambos contratantes acuerden lo contrario o los contratos se celebre con medios con escasos atributos de inteligencia artificial, el oferente para contratar tendrá las siguientes obligaciones:

1)De informar de manera clara, comprensible e inequívoca y antes que el destinatario inicie el procedimiento de contratación si va archivar el documento electrónico que formaliza el contrato, su accesibilidad a este, los medios técnicos para identificar y corregir errores de introducción de los datos y el idioma que se perfeccionará el contrato.

2)Mantener su oferta o propuesta de contratación y condiciones durante el periodo que fije o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio, igualmente tendrá que poner a disposición, siendo el caso, las condiciones generales a que deba sujetarse el contrato de manera que estas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

ARTICULO 6.-DE LA OFERTA INICIAL

Seguridad de la oferta

La oferta puede ser enviado por una persona o por algún mandatario o representante de éste, facultado de acuerdo a ley, en estos casos se deberá tener en cuenta que la oferta es enviada por la persona que inicia la relación contractual *a)Si efectivamente han sido enviados por cualquiera de estos. b)Si ha sido enviado por un sistema de información programado para que opere automáticamente en nombre de la persona que envía la oferta.*

Garantía de la oferta

Se presumirá que la oferta proviene de este, su mandatario o su representante igualmente a su nombre, salvo prueba en contrario, y así lo considerará el destinatario, cuando:

a) Se aplique un procedimiento técnico operativo aceptado por la autoridad u órgano competente, con conocimiento y aceptación por el destinatario para esta finalidad.

b) Si es enviado por encargo por un tercero, intermediario o equivalente, cuyo procedimiento sea conocido por el oferente para identificar un mensaje de datos.

De la no presunción del mensaje de datos

La presunción del artículo anterior, no tendrá lugar:

a) Si el oferente estando en comunicación continua con el destinatario lo ha hecho saber inmediatamente a éste que el mensaje de datos no provenía de su entorno, o en caso no estar en comunicación inmediata, hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del destinatario.

b) Si el destinatario no ha tomado las debidas diligencias técnicas u operativas convenidas para comprobar que el mensaje no provenía del oferente iniciador.

Efectos de la presunción

El destinatario, salvo prueba en contrario, presumirá que los mensajes de datos provienen del oferente, en consecuencia podrá considerar que la oferta recibida corresponde a los que el oferente quería enviar, por lo que actuará de conformidad con lo que corresponda al contenido del mensaje que contiene la oferta.

Presunción de mensaje separado

El destinatario, salvo prueba en contrario, presumirá que cada oferta recibida es una oferta separado de otro similar o duplicado, la presunción no funcionará a su favor si no ha actuado con diligencia debida para detectar dicho error.

ARTICULO 7.-DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA POR EL DESTINATARIO

El oferente, esta obligado a confirmar la recepción de la aceptación, la cual deberá ser hecha con un acuse de recibo en un tiempo adecuado al recibir la aceptación del destinatario; se haya indicado o no la forma determinada de hacerlo.

El acuse de recibo podrá hacerse utilizando cualquier medio, sea este automatizado o no y en general todo medio que permita indicar la recepción de la aceptación.

Condicionamiento de acuse de recibo

Siendo condición obligatoria la recepción del acuse de recibo, confirmando la recepción del mensaje de aceptación, se considerará que no habido aceptación, cuando efectivamente el destinatario no haya recibido este acuse de recibo.

Plazo de recepción de acuse de recibo

El acuse del recibo será enviado en un plazo fijado o también no habiendo por ambos lados fijado o convenido ningún plazo, el destinatario aceptante, podrá:

a) Dar aviso al oferente de que no ha recibido el acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y

b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado, podrá considerar que la aceptación no ha llegado, tomando las providencias que correspondan.

Presunción de recepción de mensaje

Cuando el destinatario aceptante reciba acuse de recibo del oferente, se presumirá la recepción de la declaración contractual correspondiente a la aceptación de la oferta.

ARTICULO 8.-DE LOS ASPECTOS GENERALES DEL MOMENTO Y LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRATUAL

Salvo disposición imperativa de la ley o pacto en contrario entre las partes, el oferente y el destinatario consideraran, que el mensaje que contiene la declaración contractual se tendrá por expedida en el momento que sale del entorno y control del sistema de información, pudiendo igualmente ser un operador el que envió el mensaje a nombre del agente que corresponda. Y en general se tendrá por expedido en el lugar donde el oferente tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

ARTICULO 9.-DEL MOMENTO DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

Salvo pacto en contrario entre el oferente y destinatario, el momento de la recepción de los mensajes contractuales conducentes a concluir el contrato, se determinará, habiendo ambos designado un sistema de información; en el momento que ingrese a este al sistema designado; en caso que no ser este sistema de información el designado, la recepción por el oferente será en el momento que este recupere el mensaje. Si el oferente no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar en el momento de entrar el mensaje en cualquier sistema de información que el oferente utilice para estos fines.

Estos criterios serán aplicables, aún cuando el lugar físico del establecimiento del oferente no coincida con el lugar del sistema de información.

ARTICULO 10.-DEL LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL

Salvo pacto en contrario entre el oferente y el destinatario, el envío de la declaración contractual inherente a la aceptación de la oferta y el acuse de recibo, se tendrá por expedido en el lugar donde el oferente tenga su establecimiento y por recibido en el lugar del destinatario tenga el suyo, no obstante se tendrá en cuenta:

Caso de mas de un establecimiento

Si el oferente o el destinatario tienen más de un establecimiento, el lugar donde se deba expedir o recibir el mensaje de datos será el que guarde una relación más estrecha con el negocio u operación subyacente, no pudiéndose definir el negocio u operación subyacente, este será el establecimiento donde tenga el negocio principal.

Caso de no tener o haber establecimiento físico del negocio

Si el oferente o el destinatario no tuvieran establecimiento físico o conocido se tendrá en cuenta el domicilio de su residencia habitual.

ARTICULO 11.-PRESUNCION DE CONCLUSIÓN CONTRACTUAL

Teniendo en cuenta las prescripciones de los artículos 5,6,8,9 y 10, se presumirá que

el contrato ha quedado concluido, en el lugar y momento de la recepción de la aceptación del destinatario por el oferente, cuando el acuse de recibo enviado por el oferente sea recibido de conformidad con el artículo 7.

CONCLUSIONES FINALES

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos tanto de la investigación teórica doctrinal y análisis normativo, se plantean las siguientes conclusiones:

GENERALES

1) Con relación a la normatividad general, confirmamos que la tecnología se conduce mas adelante que la ley, siendo la actitud del jurista y o legislador objetivar los puntos de conflicto o divergentes entre los hechos tecnológicos de avanzada con la tradición normativa en desfase a fin de facilitar soluciones legislativas y en consecuencia aminorar la brecha del hecho tecnológico con la norma reguladora.

2) Se evidencian en el ámbito peruano, debido a los impactos de la electrónica digital y tecnologías telemáticas, cambios en la forma de realizar los negocios y transacciones que indudablemente se plasman en innovaciones de la normativa jurídica contractual de acorde con esta realidad tecnológica, que ha sensibilizado al legislador, promulgando desde luego este, sendas leyes en el afán de regular estos hechos, siendo estas leyes recientes, y aun no esclarecido su suficiencia operativa, por lo que nos reservamos la opción hacia una regulación especial inmediata, salvo las modificaciones necesarias asumidas.

3) Carecemos de doctrina nacional que se ocupa de evaluar y analizar el desarrollo de la normativa en función del crecimiento de los hechos electrónicos digitales, en todo caso los estudios doctrinales son insuficientes en el país, para ofrecer una mayor referencia teórica necesaria para el debate doctrinal, que a la postre permita al Juzgador

tener los elementos de juicios teóricos adecuados para interpretar y desde luego aplicar la normatividad correcta, ante una eventual situación innovada por estas tecnologías, y en consecuencia asumir con eficacia su rol de administrar justicia.

4) Los procesos tecnológicos electrónicos digitales seguirán siendo una suerte de resultante de cambios acelerados y permanentes, factores que caracterizan a la sociedad de información y del conocimiento, no como una mera enunciación o retórica de conclusión académica, sino como una realidad fáctica y palpable que lo percibimos hoy día y estaremos comprobando en los próximos años.

ESPECIFICAS

5) Los medios técnicos que facilitan, auxilian al agente capaz, son efectivamente los únicos que han evolucionado en el sentido de facilitar el acto jurídico contractual, así en la formulación expresa, se puede apreciar los diversos sistemas para manifestar la voluntad, tal como son los naturales, manuales y electrónicos digitales que aun persisten y coexisten. (Sistema natural cerebro, voz, soporte aire: << mensaje oral o verbal>>; Sistema manual o mecánico cerebro, manos <lapicero o máquina de escribir>: << papel mensaje escrito>>; Sistema electrónico digital cerebro, máquina <dedos...>: << mensaje oral o escrito>>; Sistema electrónico digital cerebro, máquina <voz...>: << mensajes orales o escritos>>)

6) En lo que se refiere a la manifestación de la voluntad, sean estos por medios mecánicos, electrónicos digitales u ópticos, nosotros guardamos reserva de que cierto sector de la doctrina convalide a la formulación tácita como una manifestación indirecta de la voluntad, desde la óptica que las voluntades son expresadas por los propios manifestantes de la voluntad que ponen en una misma dirección interactiva sus inteligencias y sus acciones, posición asumida por un sector de la doctrina, prefiriendo el investigador la denominación de manifestación de voluntad no codificada, innovación que se propuso en un acápite de este trabajo.

7) La forma y formalidad en los actos jurídicos amplia y enriquece su perspectiva al permitir la legislación el uso del documento sobre soporte electrónico digital alternativo con el documento sobre soporte material basado en el papel o similares, igual situación se presenta con la firma manuscrita y la firma digital y o electrónica, de tal manera que se conjuga una *equiparidad y equivalencia funcional* entre ambas formas ante el cumplimiento de una formalidad ad solemnitatem.

8) Las legislaciones sobre este tipo de contratos, convergen entre la iniciativa unilateral del oferente plasmadas en contratos de adhesión o con cláusulas generales de contratación y las normas tutelares concerniente a los usuarios y consumidores, buscando el equilibrio regulador para evitar abusos de cláusulas que contravengan el principio de la equidad y el sentido de la justicia, por lo que habiendo dudas se deberá favorecer al consumidor o usuario, siendo esta la tendencia actual de las legislaciones más recientes en el mundo, ante el surgimiento de los derechos de los consumidores y usuarios.

9) El lugar y momento del perfeccionamiento contractual en los tiempos de <<tecnoglobalización>>, desterritorialización y espacio virtual, donde se alzaprima la contratación por medios electrónicos digitales, tienen singular importancia en las

relaciones entre países, no habiendo problemas cuando se realiza o las partes se encuentren en lugares físicos y fijos; la problemática se presenta en una realización dinámica, debido que las partes están ubicados en puntos o lugares diferentes y aun variando constantemente de posición física y tiempo horario, como es el caso de la contratación que se hace desde un avión, crucero en navegación o servicios móviles, donde se tiene que resolver el lugar y el momento que concluye o perfecciona el contrato, mas aun cuando por la rapidez y la dinámica contractual de estos contratos es factible que en algunos casos se omitan de indicar la ley que rige el contrato, siendo que la solución deberá alternar entre la opción de aplicar, habiéndolos, los tratados especiales que los países suscriban para contratar por estos medios, la legislación específica de una de las partes o recurrir a la norma internacional privada.

10) Están surgiendo cuestiones o conceptos que los doctrinarios en una primera apreciación reflexionan y evalúan como novedosas, no siendo así, tal como la denominada deshumanización del contrato que no es mas que la contratación automatizada sin presencia humana inmediata, producto del máximo auxilio tecnológico electrónico, así como la consolidación, en cuanto a la manifestación de la voluntad, de los criterios teóricos de la declaración combinado con la confianza, fundamentada en la oferta plasmada sobre la base de la apariencia y la aceptación sobre la confianza, que es propio de una sociedad muy dinámica y globalizada, y que constituyen gestas de este nuevo escenario cultural.

TÉRMINOS Y ACRÓNIMOS USADAS

TÉRMINOS

AGENTE AUTOMATIZADO: Procesos y equipos programados para atender requerimiento predefinidos y dar una respuesta automática sin intervención humana. (Proyecto de Reglamento del la Ley de firma y Certificados Digitales)

ATOMICO MASA: Términos usados para designar un bien material o tangible

BIT: Contracción de binary digit (digito binario). Unidad de información que puede adoptar dos valores o estados distintos. (Biblioteca de Electrónica /Informática 1986)

BIEN ENERGÉTICO: Términos usados para designar a un compuesto de bits codificado que se “desmaterializa” transformándose en energía, pues la materia no se destruye sino se transforma a la velocidad de la luz de acuerdo a la ley de Eintein $e=mc^2$, donde c = velocidad de la luz

ccTLD: resgistries. This constituency consists of managers of country-code (i.e. two letter) top level domains

COMPUTER SECURITY: Datos seguros en una computadora

CONMUTACIÓN: Proviene de Conmutador que es un circuito o dispositivo que abre o cierra circuitos que tienen alguna característica en común o entre los cuales existe alguna relación (Biblioteca de Electrónica /Informática 1986)

CRACKER: Aquel que rompe con la seguridad del sistema

ELECTRONIC DATA INTERCHANGE (EDI) tipo de mensajería electrónica que

consiste en la transmisión de documentos estandarizados –órdenes de compra, facturas, solicitudes y otros- entre compañías o entre una empresa y un organismo estatal. En español las siglas significa: Transmisión Electrónica de Documentos, es la mensajería interpersonal que usa las normas de comunicación EDIFACT.

ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO: Conjunto de todas las posibles frecuencias a través de las cuales se mueven las ondas radioeléctricas y magnéticas en el espacio.

EXTRASENSORIAL: Fuera del ámbito de los sentidos

FIRMA ELECTRÓNICA: Cualquier símbolo basado en medios electromagnéticos utilizados o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o alguna de las funciones características de una firma manuscrita.

FIRMA DIGITAL: Es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único, asociados a una clave privada y una pública relacionados matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.

FIRMA OLÓGRAFA: firma manuscrita o hecha a mano

GLOBALIZACIÓN: Carlos Adrianzen, Decano de la Facultad de Economía de la Universidad San Ignacio de Loyola en la revista BUSSINES (Febrero de 1999) artículo LA GLOBALIZACIÓN expresa “este fenómeno tiene que ver con un conjunto de cambios tecnológicos e institucionales que han permitido que cualquier factor productivo puede trasladarse alrededor del planeta: capital, trabajo, recursos” Pedro Vives Aguero en la conferencia GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LA MUNDIALIZACIÓN DEL CAPITAL Facultad de Economía de la UNMSM (Lima Febrero de 1998), refiere “La globalización es el resultado de la conjunción del desarrollo de una serie de fuerzas a nivel mundial entre las que destaca la 3er. Revolución industrial, la formación de bloques económicos y las mayores y mejores interrelaciones entre el mundo físico y financiero”. La Globalización no tiene definición única presentamos estas dos porque concierne a la relación de la globalización y las tecnologías derivadas de una nueva revolución de la industria.

HACKER: Persona que disfruta explorando detalles de los sistemas programables.

HARDWARE: Es la parte física, dura de un computador o componentes que conforman un equipo o sistema.

INICIADOR: de un mensaje de datos, se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje, pero que no está actuando a título de intermediario respecto de él. (Ley de Modelo de la CNUDMI sobre Comercio electrónico).

INFORMATION SECURITY: Información segura

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: estudio de manera en que pueden construirse o programarse computadoras para que realicen el tipo de cosas que la mente puede hacer. Creación de computadoras cuyo desempeño observable tiene características que, en los seres humanos, atribuimos a procesos mentales. (Margaret A. Boden 1994)

INTERMEDIARIO: en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a el. (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

INTERNET: En un concepto simple internet es un red de redes, no obstante podemos inferir lo que Pérez Luño, Antonio Enrique, nos expresa en la ponencia "Internet y el derecho", trabajo publicado en la Revista 19-22 Informática y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático" ponencia presentado en el evento Jornadas Marco Legal Deontológico de la INFORMATICA – Director Valentín Carrascosa López UNED Centro Regional de Extremadura – Mérida España 1998, p.721-734; "No parece lícito dudar que el Internet (International Network of Computers" siendo el fenómeno estelar de las Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación en la década del 90. En el umbral de un nuevo milenio, Internet se presenta como un paso decisivo en el avance de los sistemas de información y comunicación a escala planetaria. Gracias al Internet cada ciudadano sin moverse de su casa puede acceder a los centros de documentación mas importantes del mundo, puede realizar las mas diversas operaciones financiera y comerciales, gozar de una nueva oferta de entretenimientos de las mas diversa especie y se puede comunicar con los demás otros usuarios de la red sin limitación del numero y la distancia. p.721

INTERNET SECURITY: Seguridad en redes interconectadas a nivel global

MAQUINA: termino genérico para significar una PC, ordenador, elaborador o todo terminal o aparato programable que permite la intercomunicación entre emisor y receptor

MASTER CARD: Marca de la Franquicia que respalda la Tarjeta de Crédito que son tarjetas expedidas al usuario por una entidad financiera para que pueda efectuar compras de bienes y servicios en los establecimientos afiliados para este tipo de crédito, permite que sus titulares se beneficien con de una línea de crédito, en un establecimiento adherido al sistema y hasta una cantidad máxima fijada al contrato.

ÓPTICA: Parte de la física que estudia los fenómenos y las leyes de la luz.

PREAKER: Arte y ciencia de "crackear" la red telefónica para obtener un beneficio personal, tal como obtener una llamada de larga distancia nacional gratuita.

RADIOENLACE: Se basa en la propagación de ondas electromagnéticas a través del aire. Para ello, no necesitan medios físicos que soporten la transmisión salvo la estación emisora y receptora, además de posibles repetidores intermedios para salvar la orografía del terreno.

SATÉLITE GEOESTACIONARIO: Satélite geosincrónico cuya órbita circular y directa encuentra en el plano ecuatorial de la tierra y que, por consiguiente, esta fijo con respecto a la tierra; por extensión, satélite que esta aproximadamente fijo con respecto a la tierra

SOFTWARE: Termino que hace referencia a los programas y técnicas informáticas propiamente dichas.

TECNOLOGÍA ÓPTICA: Tecnologías y técnicas basados en la óptica, usados para transmisión digital usando fibra óptica con una fuente laser disparada a gran velocidad.

TELECOMUNICACIONES: Es toda transmisión y/o emisión y recepción de señales que representan signos, escrituras, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por medios físicos, medios electromagnéticos, medios ópticos u otros.

TELEMÁTICA: Se origina de una contracción de teleinformática, es un concepto tan vivo aunque engloba una gran cantidad de servicios operativos o proyectos, hoy telemática es correo electrónico, facsímil, teleconferencias, telemedicina, televenta, transferencia electrónica de datos, entre otros servicios e igualmente es enlaces de datos entre computadoras como internet y otras redes extranet, intranet etc.

TELEPRESENCIAL: Término que se acuña juntando el término latino <<tele>> distancia y del término o adjetivo <<presencia>>, este último significa, según el diccionario de la Real Academia de 1992 "asistencia personal o estado de la persona que se halle delante de otro u otros o en el mismo sitio que ellos", lo que significaría una "cercanía a distancia", logrado este acercamiento de tu a tu, pese a la distancia, por los medios tecnológico electrónico digitales y o telemáticos.

TERMINAL: forma genérica, como un dispositivo capaz de transmitir información o a desde una computadora. Un terminal puede estar constituido por una computadora, un teclado-pantalla, una impresora, una pantalla o display, etc. (García Tomas y Alcalde Eduardo 1995: 27)

TRANSMISIÓN: Término aplicado al proceso de transferir una señal, mensaje u otra forma de información de un lugar a otro (Biblioteca de Electrónica /Informática 1986)

TRANSMISIÓN ANALÓGICA: Es aquella que maneja señales de tipo analógico, es decir que puede tener cualquier valor, de forma continua y dentro de unos márgenes. La información se trasmite como señal de variación continua. La transmisión analógica en general, utiliza medios que han sido diseñados para la transmisión de la voz.

TRANSMISIÓN DIFERIDA: Intercomunicación no inmediata donde hay una espera entre un lado o una parte y el otro.

TRANSMISIÓN DIGITAL: Es aquella que maneja señales discretas, utilizando medios diseñados específicamente para este tipo de transmisión. La información se convierte en una serie de impulsos electrónicos, diferenciados que luego se transmiten como corriente binaria digital (codificada en unos y ceros).

TRANSMISION INTERACTIVA: Intercomunicación inmediata entre ambos lados

VISA: Marca de la Franquicia que respalda la Tarjeta de Crédito que son tarjetas expedidas al usuario por una entidad financiera para que pueda efectuar compras de bienes y servicios en los establecimientos afiliados para este tipo de crédito, permite que sus titulares se beneficien con de una línea de crédito, en un establecimiento adherido al sistema y hasta una cantidad máxima fijada al contrato.

ACRÓNIMOS

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL)

CPME: Contratación por medios electrónicos

PME: Por medios electrónicos

DNS: Sistema de Nombres de dominio

LCOL: Ley Colombiana de Comercio electrónico y Firmas Digitales

LMCE: Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI o UNCITRAL

PAB: Proyecto de artículos o articulación base normativo para la contratación por medios electrónicos.

PC: Computer Personal o computadora personal (PCs. = plural de PC)

PLEY: Proyecto de Ley peruana presentado al Congreso en Agosto de 1999 por el Congresista Zichis

PME: Por medios electrónicos (relativo a la contratación por estos medios)

RSA: Algoritmo Rivest-Shamir-Adleman que tiene la doble particularidad de que la clave privada es inversa de la clave pública y la clave pública es la inversa de la clave privada. (De la Fuente, Reynaldo 1995: 263).

SET: Trasmisión Electrónica Segura

SSL: Secure Socket Layer

SUNAD: Superintendencia Nacional de Aduanas

TCP/IP: Trasmisión Control Protocolo/Internet Protocol. Protocolo de Control de Trasmisión/Protocol internet

UIT: Unión Internacional de Telecomunicaciones.

UNCITRAL: sigla en inglés de CNUDMI

UNIDROIT: Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Internacional Privado

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ACO CATALDO, Raúl. 1980 Metodología de la Investigación Científica. Editorial Universo S.A. Lima Perú
- ALABALADEJO, Manuel. 1996 Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. La Obligación y el Contrato en General. Volumen Décima Edición JB Editor, S. L. Barcelona - España
- ALTERINI, Atilio. 1993 La Inseguridad Jurídica. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina
- ARIAS SHEREIBER, Max. 1988 "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo I, 3º. Ed. Lima - Perú
- BIAGGI GOMEZ, Julio Enrique. 2001 El Comercio Electrónico. Tesina para obtener el diploma de idoneidad técnica de Fedatario Juramentado Especializado en Informática. Colegio de Abogados de Lima
- BUNGE, Mario. 1971 La Ciencia su Método y su Filosofía. Buenos Aires, Siglo XX. También compilada en Ediciones "Arco Iris" Este volumen contiene cuatro ensayo tomados con algunas modificaciones, del libro del autor Metascientific, Queries

- (Springfield II, Charles C., Thomas, 1959).
- CARRASCOSA LOPEZ, Valentín y otros. 1997 La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual, Editorial Comares S.L. Granada-España
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. 1978 "El derecho de los contratos", tomo I, 2da. Edición Editorial Minerva Lima- Perú.
- CASTELLS, Manuel. 1989 La Ciudad Informacional, Alianza Editorial, Madrid – España
- CASTILLO FREYRE, Mario. 1996 Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada. Pontificia Universidad Católica Fondo Editorial
- CHIARA, Eduardo. 2000 Firma Digital. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado. Sustentado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
- CORREA M. Carlos. 1994 Derecho Informático. Ediciones de Palma, Argentina
- CORREA M. Carlos. 1993 Producción y Comercio de Software en América Latina. Programa PNUD /ONUDI de Cooperación en Informática y Microelectrónica, Buenos Aires Zagier&Urruty Publications.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. 1993 Derecho Informático. Editorial Arazandi. España 1993
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. 1996 El contrato en General. Primera Parte – Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, Lima – Perú
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. 1983 Estudios sobre el contrato privado. Editorial Cuzco, Lima -Perú
- DE LA FUENTE, Reynaldo. 1995 "Apuntes a la seguridad y privacidad de la informática y comunicación de datos" 2da. Edición Actualizada Montevideo – Uruguay.
- DELPIAZZO, Carlos. 1995 Derecho Informático. Ediciones Idea, Montevideo Uruguay
- DÍEZ-PICAZO, Luis. 1980 Estudios de Derecho Privado. Editorial CIVITAS S.A. Madrid España
- DÍEZ-PICAZO, Luis. 1986 Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Volumen Segundo Editorial Tecnos, S.A. Madrid.
- ENNECCERUS, Ludwing. 1947 Derecho Civil (Parte General) Tomo I. Casa Editora Bosh Barcelona España
- FERNÁNDEZ, Enrique. 1996 La protección Internacional de los Programas de Ordenador, Editorial Comares Granada España
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. 2000 Derecho de las personas, Editorial Grijley EIRL, Lima – Perú
- INFANTE DURANA, Isabel. 1986 El Lenguaje del Rostro y de los Gestos. Ediciones Iberoamericanas QUÓRUM S.A., Printed in Spain
- GARCIA, Jesús y ALCALDE, Eduardo. 1993 Introducción a la Teleinformática. Ediciones Mc Graw-Hill Impreso en España.
- HUGO, Silfredo. 1983 Manual de Derecho de los contratos. Manual recopilado tomando como base las clases del Dr. Aníbal Torres Vásquez en la Universidad Mayor Nacional de San Marcos Ediciones Hermes - Lima Perú
- KELSEN, Hans. 1943 El Contrato y el Tratado. Teoría Pura del Derecho – Impresora

Universitaria México

- LARROUMET, Christian.. 1993 Teoría General del Contrato. volumen I, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota Colombia.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. 1994 Elementos del derecho Civil II Derecho de Obligaciones. Volumen Primero 3era. Edición J.B. Barcelona - España
- LAFAILLE, Héctor. 1992 Contratos. Tomo I, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires Argentina
- LARROUMET, Christian. 1993 "Teoría general del contrato" Volumen I Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota Colombia
- LEÓN BARANDARIÁN, José. 1997 Acto Jurídico. Gaceta Jurídica Editores, Lima Perú
- LOHMANN LUCA DE TENA, G. 1997 Negocio Jurídico. Editora Jurídica "GRIJLEY" EIRL 2º. Edición, 2º Reimpresión, Lima Perú
- LOPEZ SANTA MARIA, Jorge; 1998 Los Contrato Parte General Tomo I, Segunda Edición actualizada Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile - Chile
- LORENZETTI, Ricardo. 2001 Comercio Electrónico Ediciones Abeledo-Perrot Buenos Aires Argentina
- MENDEZ R. Y CARAVACA, I.. 1996 Organización Industrial y Territorio. Editorial Síntesis, España
- MESSINEO, Francesco. 1979 Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa Americanas, Buenos Aires
- MONTOYA, Modesto. 1994 El origen del Universo y Altas Energías. Ediciones CEPRECYT, Primera Edición, Lima Perú
- NÚÑEZ; Julio. 1998 Software: Licencia de uso, derecho y empresa, Universidad de Lima. Fondo de desarrollo editorial. Lima Perú
- OSPINA FERNANDEZ, G y OSPINA ACOSTA E.. 1998 Teoría General del Contrato. Quinta Edición, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota Colombia.
- PASSET, René. 1996 "Principio de Bioeconomía". Fundación Argentaria – Visor distribuciones. Madrid España
- PERRAZO, Roberto. 1994 De Cerebros mentes y máquinas. Fondo de Cultura Económica de Argentinian S.A. Argentina
- POTHIER, R.J.. 1948 Tratado de los contratos de venta. Editorial Atalaya, Buenos Aires
- REED, Chris. 1993 Computer Law. Editada, Blacktone Press Limited Centre for Commercial Studies Queen Mary and Westfield College, University of London.
- RIVADANEYRA, Juan. 199x Glosario de telecomunicaciones. Ediciones OSIPTEL No. 4 Lima Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial. 1988 El sistema Jurídico Introducción al Derecho. Fondo Editorial Lima – Perú
- SANZ, J.1987 Introducción a la Ciencia.Primer Edición: diciembre 1987 Amaru Editores Lima Perú
- SPOTA, Alberto. 1981 Instituciones de Derecho Civil Contratos. Volumen I. Ediciones

- Depalma, Buenos Aires – Argentina
- SOLIS ESPINOZ, Alejandro. 1991 Metodología de la Investigación Jurídica Social. 1ra. Edición Lima-Perú
- STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ Gabriel. 1993 Contratos Parte General en el compendio “Reformas del Código Civil” con la dirección de Alterini, Emilio y Lopez Cabana, Roberto – directores. Editores Abeledo-Perrot Buenos Aires Argentina
- TECLA, Alfredo, 1974 Teoría, métodos y técnicas de investigación social. Ediciones Cultura Popular S.A., México
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. 1998 Acto Jurídico. Primera Edición, Editorial San Marcos Lima
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. 1996 Código Civil Comentado. Actualizado y Comentado 3era. Edición Lima Perú
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. 1991 Introducción al Derecho y Título Preliminar, Editorial Cultural Cuzco S.A.
- VEGA VEGA, Jesús. 1996 “La noción del negocio jurídico. Doctrina, Legislación Nacional y Problema de replanteamiento conceptual”, tesis para optar el grado de Maestría en Derecho Civil en la Unidad de Post Grado de San Marcos
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. 1999 “Acto Jurídico”. Cuarta Edición Gaceta Jurídica Editor Lima Perú
- VILABOY, Lois y GONZALES, Esther. 1993 La Prueba por medio de los Modernos avances Científicos-Tecnológicos en el proceso civil. Ediciones tecnos Madrid España
- WAGNER, Manuel. 1985 “El derecho y el hecho jurídico” Editorial Plus Ultra Buenos Aires Argentina

ARTÍCULOS Y CONTRIBUCIONES EN CONFERENCIAS, CONGRESOS, COMPENDIOS, ENCICLOPEDIAS

- ARGONA COLOMO, Miguel. 1985 “Contrato (Derecho internacional privado)”. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo V, Barcelona -España, pp. 339-345
- ARMAS, Carlos. 1993 “Las Telecomunicaciones”, Economía & Derecho, Artículo difundido en la Revista Suplementaria publicado por el diario el Peruano 22 de Diciembre, Cuerpo B11
- ARMAS, Carlos. 1998 “La contratación por medios electrónicos en la Legislación Peruana” (Perú), VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Montevideo Uruguay, pp. 1- 14
- BALAY, Guillermo. 1998 “Enfoque Informático del decreto No. 65/998” (Uruguay), VI

- Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Montevideo Uruguay, pp.791-800
- BARRIUSO RUIZ, Carlos. 1998 “Las Declaraciones de la voluntad realizados por medios electrónicos: La auditoria y la seguridad Informática” (España), VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Montevideo- Uruguay, pp. 391-401
- BIGIO CHREM, Jack. 1984 “Fuente de Obligaciones” I Seminario de difusión del Nuevo Derecho Civil Organizado por la UNMSM MARCASA. Recopilado, Lima- Perú
- BODEN, Margaret. 1994 “ Introducción”. Compilación hecha por Boden, Margaret del texto de “Filosofía dela Inteligencia Artificial”. Fondo de Cultura Económica México, pp. 9-32
- BOTANA GARCIA, Gema. 2000 “Protección de los consumidores y comercio electrónico” RCE Revista de la contratación electrónica. No. 4 Marzo 2000. Edita Publicaciones Científicas y profesionales (EDICIP) Cadiz – España pp. 73-98
- BRIZZIO, Claudia. 2001 “Contratos informáticos y contratos por medios informáticos” Anibal Alterini (Director)Contratación Contemporánea. Contratación Moderna Derechos del consumidor, 2 Palestra editores - Editorial temis S.A., Impreso en Bogota pp.79-112
- CARRASCOSA LOPEZ, Valentín, y otro. 1998 “El Comercio Informático” (España), VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Montevideo – Uruguay, pp. 411-416
- DAVILA, Muro y otros. 1995 “Servicios básicos de Seguridad en la Contratación Electrónica”. Encuentros sobre Informática y Derecho 1994 – 1995 Coordinado por Dr. D. Miguel Ángel Dávara Director del Instituto de Informática Jurídica dela Universidad Pontifica de Comillas, Madrid España. pp. 35-44
- De la FUENTE Juan Ángel. 1998 “La intervención Notarial en la Contratación Electrónica” (Uruguay) VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Lima-Perú, pp.457-466
- De La PUENTE Y LAVALLE, M. 1995 “Contrato (parte general) Propuesta de enmienda” Ponencia del Evento Diez años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas” tomo II, Universidad de Lima WL Editor EIRL 1era. Edición p. 159-177
- Del PESO NAVARRO, Emilio.1998 “La Auditoria Jurídica de la Cosa Informática” (Uruguay), VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Montevideo-Uruguay, pp. 545-562
- DELGADO. Manuel. 1996 DESDE EL SUR Cuadernos de Economía y Sociedad La Globalización ¿nuevo orden o crisis del viejo?, Grupos de Investigación, Sevilla - España
- ESPINOZA CÉSPEDES José Francisco. 2000 “Aproximaciones para una propuesta Legal en materia de Medidas de Seguridad Aplicable a la Contratación Electrónica del Perú” (Perú), VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Lima- Perú, pp. 282-287
- ECHEZARRETA, Mayte. 2001 “Defensa de los derechos en la contratación internacional en línea” (España) Ponencia en el I Congreso Mundial de Derecho Informático” Quito Ecuador, pp 1-10

- FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo. 2000 “Consideraciones en torno a una Nueva Area de Trabajo en materia Fiscal” (Perú) VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Lima- Perú. pp. 495-508
- FERRÉRE Daniel. 1998 “Reflexiones sobre el expediente Electrónico” (Uruguay), VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Montevideo - Uruguay, Mayo del pp. 781- 790.
- GARCIA-MERITA, M.L.. 1989 “Tecnología y Naturaleza Humana” Revista de documentación científica de la cultura No. 94/95, Barcelona España
- GHERSI, Carlos. 1995 “Objeto y consentimiento en el contrato” Argentina Evento Diez años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas” tomo II, Universidad de Lima WL Editor EIRL 1era. Edición 1995, p. 179-188
- GRAHAM, James. 2001 “Introducción: New paradigms of Cyberspace” Ponencia en el I Congreso Mundial de Derecho Informático” Quito Ecuador, pp 1-3
- GUERRA BALIC. Jaime. 1995 “La conclusión de contratos por medios informáticos”, Informática y Derecho No. 8 Edita UNED Centro Regional de Extremadura, España 1995, p. 63-131
- HORNA Pierre. 2001 “La aplicación de los principios generales de la contratación en el contrato celebrado a través del Internet, según la legislación peruana” (Perú) Ponencia en el I Congreso Mundial de Derecho Informático” Quito Ecuador, pp 1-14
- JUEZ MARTEL, Pedro. 2000 “El Comercio Electrónico ¿Hacia una nueva revolución económica jurídica” (España), VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Lima- Perú. pp 352-360
- JULIÁ BARCELO, Rosa. 2001 “Formación del contrato electrónico: consideraciones prácticas” Ponencia II Jornadas de Derecho de Comercio Electrónico en España contenida RCE Revista de la contratación electrónica. No. 18 Julio Agosto 2001. Edita Publicaciones Científicas y profesionales (EDICIP) Cadiz – España pp. 31-45
- LEVENE Ricardo y CHIARAVALLI Alicia. 1998 “Delitos Informáticos” (Argentina), VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Montevideo- Uruguay, pp. 123-146
- LORENZETTI, Ricardo. 1995 “Análisis crítico de la autonomía de la autonomía privada contractual” Argentina Evento Diez años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas” tomo II, Universidad de Lima WL Editor EIRL 1era. Edición 1995, p. 167-177
- OCHOA REYES, José. 2000 “Respuesta del Derecho Positivo al reto de la Fé Publica en Materia Informática” (Perú), VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Lima-Perú pp.315-322
- PALAZZI, Pablo Andrés.. 1998 “Firma digital y Comercio Electrónico en Internet” (Argentina), VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Uruguay-Montevideo- Uruguay pp. 417-435
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. 1998 “Internet y Derecho”, trabajo publicado en la Revista Informática y Derecho No. 19 22 Revista Iberoamericana de Derecho Informático de la ponencia presentado en el evento Jornadas Marco Legal Deontológico de la Informática – Director Valentín Carrascosa López UNED Centro de Extremadura Mérida España, pp. 721- 734

- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. 2000 "Publicidad. Formación del contrato" RCE Revista de la contratación electrónica. No. 4 Marzo 2000. Edita Publicaciones Científicas y profesionales (EDICIP) Cádiz España pp. 123-142
- PIAGGI, Ana. 2001 "El Comercio Electrónico y el nuevo escenario de los negocios" Anibal Alterini (Director) Contratación Contemporánea. Contratación Moderna Derechos del consumidor, 2 Palestra editores - Editorial temis S.A., Impreso en Bogota pp.65-78
- REVOREDO DE MUR, Delia; 1994 "La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica". Themis, Revista de derecho. Publicación Trimestral Editada por los alumnos de derecho de la PUC, pp. 231-242
- RIERA AISA, Luis. 1985 "Contratos". Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo V, Barcelona -España, pp. 309-339
- RICO CARRILLO, Mariliana. 2000 "Venezuela: La oferta y la aceptación en la contratación electrónica", REDI <http://publicaciones.derecho.org./redi/No.> pp. 1-9
- ROLERO, Graciela. 2001 "Comercio Electrónico y los derechos del consumidor", (Argentina) Ponencia en el I Congreso Mundial de Derecho Informático" Quito Ecuador, pp 1-13
- SILVEIRA, Mariana. 2001 "Repercusiones internacionales del comercio electrónico: El marco legal del comercio electrónico en América Latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable Ponencia II Jornadas de Derecho de Comercio Electrónico en España contenida RCE Revista de la contratación electrónica. No. 18 Julio Agosto 2001. Edita Publicaciones Científicas y profesionales (EDICIP) Cadiz – España pp. 5-31
- SASSEN, Sassen. 1997 "Cities in the Global Economy", Simposio La ciudad Latinoamericana y del Caribe en el Nuevo Siglo Barcelona – España. pp 01-22
- TORRES MENDÉZ, Miguel. 1993 "La formación Progresiva del Contrato" Torres Méndez, Miguel - Director-Recopilador "Nuevas Tendencias del Derecho Moderno", Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle, Tomo Editora Grijley pp. 285-315
- VARGAS GOMEZ -URRUTIA, Marina..2000(a) "Conflicto de Leyes y de Jurisdicción en el Ciberespacio: Una tesis de Trabajo desde la perspectiva de Derecho Internacional Privado" VII Congreso Iberoamericano de Derecho Informático, Lima Perú, 2000, pp. 144-161
- VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina. 2000(b) "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", RCE Revista de la contratación electrónica. No. 4 Abril 2000. Edita Publicaciones Científicas y profesionales (EDICIP) Cadiz – España pp. 25-67
- VASQUEZ, Adolfo. 2001 "Seguridad en las compras" PC Word, Revista del Diario El Comercio, publicada 11 16/05/01
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos.. 2001 "En torno a los contratos electrónicos" Anibal Alterini (Director) Contratación Contemporánea. Contratación Moderna Derechos del consumidor, 2 Palestra editores - Editorial temis S.A., Impreso en Bogota pp.14-34
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz.. 2000 "Estudio sobre la Viabilidad Jurídica de un Sistema de transmisión Telemática de Documentos Administrativos en al Administración Públicas" (España), VII Congreso Iberoamericano de Derecho e

Informática Lima- Perú, pp. 447-462

VERGARA LAU, Vania u otro, 2000 "Contratación electrónica, comercio electrónico, firma digital: Planteamientos y alternativas de solución" (Perú) VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Lima- Perú. pp. 299-314

BIBLIOTECA DE ELECTRONICA E INFORMATICA. 1996 "Diccionario de Electrónica/Informática". Ediciones ORBIS, Barcelona España

REVISTAS Y DIARIOS

Internet Word en Español, Revista publicado el año 2 No. 8 Editorial Ness S.A. de C.V. México DF, 1995

Internet Word en Español, Revista publicada el año 1 No. 1 Editorial Ness S.A. de C. V. México DF, 1995

Diario El Comercio, "De compras por Internet", Suplemento VIDA defensa del consumidor, 29 Abril 2001, p.14, Lima - Perú

Diario El Comercio, "Telecomunicaciones", Suplemento Especial, 16 de Mayo del 200, pp 1-24,. Lima-Perú.

Diario El Comercio, "Tecnología", Suplemento de la The Wall Street Journal Americas, 28 de Junio del 2001, pp 1-8,. Lima – Perú

Diario El Comercio, "Telecomunicaciones", Suplemento Especial, 18 de Julio del 2001, pp 1-8, Lima – Perú, pp 1-8,

Diario El Comercio, "Telecomunicaciones", Suplemento Especial. Lima-Perú, 19 de septiembre del 2001, pp 1-12,

Diario El Comercio, "Telecomunicaciones", Suplemento Especial, 17 de octubre del 2001, pp 1-12,. Lima-Perú

Asociación Peruana de Códigos, "EDI: Intercambio Electrónico de documentos", folleto de difusión del uso del EDI, Lima 2000

<http://www.terra.com.pe/noticias/>, "Aduanas remata mercadería en Internet", 18 de septiembre del 2001, p.1 de 2

ANEXOS

I.-CUADRO DE EVALUACIÓN TEÓRICA DOCTRINAL

Se tuvo en cuenta la evaluación de libros, tesis, monografías, artículos o ponencias de autores peruanos que han tratado sobre la contratación por medios electrónicos en los eventos más importantes llevados en los últimos tres años.

A) LIBRO: SOFTWARE: LICENCIA DE USO, DERECHO Y EMPRESA

AUTOR: JULIO NÚÑEZ PONCE

EDICIÓN: Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Empresarial 1998.

EVALUACIÓN.-

El autor en el Primer capítulo, específicamente en el punto 1.3.2, pag. 55, referente los contratos informáticos, hace una distinción entre estos y la contratación por medios electrónicos, expresando por contratación electrónica “a los contratos que utilizan medios electrónicos digitales...”, apoyándose en el tratadista español Miguel Angel Davara.

B) TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL ABOGADO: FIRMA DIGITAL

AUTOR: EDUARDO CHIARA G.

SUSTENTADO en la UNMSM el 15/08/00

EVALUACIÓN.-

El autor evalúa doctrinariamente sobre la firma digital y electrónica, marcando sus

diferencias entre ambas; enfatizando sobre todo, un sustento teórico para una Ley de Firmas Digitales y como forma de seguridad en las transacciones y negocios por estos medios. Esta sustentación se produjo días antes de la promulgación de la ley de firmas y certificados digitales en el Perú)

C) LIBRO: CONTRATACIÓN ELECTRONICA E INFORMATICA JURÍDICA

AUTOR: JOSE FRANCISCO ESPINOZA CESPEDES

EDICION: EDITORA RAO S.R.L Lima, Mayo del 2000.

EVALUACIÓN.-

El libro producto de una tesis, esboza la problemática de la contratación por medios electrónicos aunque a nuestro criterio debió separar los aspectos genéricos del derecho informático y abocarse simplemente a la contratación electrónica, habida cuenta la especificidad de la informática jurídica.

D) PONENCIA: LA CONTRATACION ELECTRÓNICA Y LA FUNCION DE FEDATARIO JURAMENTADO ESPECIALISTAS EN INFORMATICA EN EL PERU.

AUTOR: JULIO NUÑEZ PONCE

EVENTO: VI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICO

TEXTO: LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICA, Mayo de 1998 Uruguay.

EVALUACION.-

Apuntando el punto 9 de la ponencia, la opinión de este autor es de “que la contratación electrónica... deberá enmarcarse en el sistema de microformas que buscan asegurar la inalterabilidad, durabilidad de los documentos informáticos que se utilizan en la transferencia electrónica de fondos, transferencia electrónica de datos informatizados (EDI), servicios de valor añadido (incluido internet)...” lo que nos lleva a ajustar la relación de la materialidad-digitalización de los soportes que garanticen la probanza del contrato por medios electrónicos.

E) PONENCIA: LA CONTRATACION ELECTRÓNICA Y LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA.

AUTOR: CARLOS EDUARDO ARMAS MORALES

EVENTO: VI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICO

TEXTO: VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICA (sin editar), Mayo de 1998 Uruguay.

EVALUACIÓN.- La ponencia destaca la evolución y evaluación de las formas de contratación que existen actualmente debido a la <<tecnoglobalización>> de la economía y la internacionalización de los mercados, la cual tiene como base la manifestación de la voluntad en la modalidad verbal, escrita abarcando esta ponencia las novedosas forma digitales, por otro lado traza las pautas de una novedosa tipología contractual basada en el “grado de inteligencia artificial” de los sistemas emisor y transmisor; tiene en cuenta la presencia o no de los contratantes por estos medios electrónicos para finalmente hacer un análisis de las conveniencias y divergencias en relación a la legislación civil peruana.

F) PONENCIA: APROXIMACIONES PARA UNA PROPUESTA LEGAL EN MATERIA DE MEDIDA DE SEGURIDAD APLICABLE A LA CONTRATACION ELECTRÓNICA

AUTOR: JOSE FRANCISCO ESPINOZA CESPEDES

EVENTO: VII CONGRESO IBEROAMERICANO D DERECHO E INFORMATICO

TEXTO: LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICA. (Del 24 al 29 de Abril del 2000) Lima Abril, 2000.

EVALUACION.-Se rescata los siguientes aspectos en cuanto a la forma de manifestar la voluntad

1) Cuando expresa “En esta forma de interactuar, el contacto presencial entre las partes desaparece, surgiendo una interacción electrónica”. Da cuenta de la desaparición del contacto físico entre las personas que contratan por estos medios electrónicos (pag. 283), preludio de la contratación sin persona humana por medios electrónicos.

2)Se “permite que desde cualquier parte del mundo se pueda contratar en segundos” Nos refiere en otras palabras de la instantaneidad de la manifestación de la voluntad, que nos lleva a proponer el autor la relación <<telepresencial>> (pag. 283).

3)En cuanto a la seguridad manifiesta “La seguridad es uno de los problemas fundamentales que interfieren con el desarrollo de la contratación electrónica, por esa razón todos los países deben tomar las medidas correctivas a fin de evitar que desconocidos alteren los contenidos, *la manifestación de la voluntad* y el orden de las redes en general” (pag. 284)

Impone la posibilidad de que la manifestación de la voluntad pueda ser alterada por los delincuentes del ciberespacio.

4)Propone “Crear una Superintendencia para la Contratación Electrónica que se encargue en forma autónoma para el cumplimiento de la ley de la materia” (pag. 286). En este caso la ley tendría en cuenta esta propuesta.

G) PONENCIA: CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA, COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMA DIGITAL: PLANTEAMIENTO Y ALTERNATIVAS DE SOLUCION.

AUTOR: VANIA VERGARA LAU/LUIS QUIÑÓNEZ OLIVO

EVENTO: VII CONGRESO IBEROAMERICANO D DERECHO E INFORMATICO

TEXTO: LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICA. (Del 24 al 29 de Abril del 2000)

EVALUACION.-Trata de ajustar la contratación electrónica a una tipología singular, postulando un concepto, naturaleza jurídica, características, modalidades, efectos y solución de divergencias y conflictos, siendo que realmente los contratos por medios electrónicos, si bien, tiene algunas características especiales derivadas del uso de la tecnología telemática, no es permisible desde el punto de vista del investigador diseñar una tipología separada del marco de las tipologías tradicionales de contratación general. Este trabajo igualmente postula para la solución de conflictos, alternativas de solución como el arbitraje, la conciliación y la mediación que funcionen en red de manera institucional (pag. 299).

H) PONENCIA: RESPUESTA DEL DERECHO POSITIVO AL RETO DE LA FE PÚBLICA EN MATERIA INFORMÁTICA

AUTOR: JOSE OCHOA REYES

EVENTO: VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICO

TEXTO: LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA. (Del 24 al 29 de Abril del 2000)

EVALUACION.- 1) Trata en el punto "2.-LA INFORMÁTICA Y LA FE PÚBLICA TRADICIONAL FRENTE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA E INTERNET", relaciona a la fe pública con la contratación electrónica, poniendo en relieve la especificidad de la contratación por medios electrónicos, en forma muy versátil, tal como lo pueden ser viajando en avión, tren... y en la que "la otra parte viene a ser una computadora. Asimismo alzaprima otra característica de la contratación por medios electrónicos "que trastoca el derecho tradicional. Cada vez más estas operaciones comerciales se realizan sin el uso del documento escrito, se perfeccionan a través de documentos en soporte y lenguaje digital, que es el lenguaje de las computadoras" (pag. 318). En esta última parte cabe tener en cuenta el perfeccionamiento contractual se realiza con soporte y lenguaje digital.

H) PONENCIA: LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO CELEBRADO A TRAVÉS DEL INTERNET, SEGÚN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

AUTOR: PIERRE M HORNA

EVENTO: I CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO INFORMÁTICO (15-18 DE Octubre del 2001)

EVALUACION.- Pretende aplicar básicamente los principios generales de la contratación son aplicables perfectamente al celebrado por INTERNET, el cual considera son recogidos por la doctrina mercantil internacional, la ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL, así hace una revisión de los principios de la contratación privada, aspectos del dirigismo contractual, evalúa igualmente la ley No. 27291 en lo que concierne al artículo 141 y al artículo 1374 modificados y finalmente analiza la formación del consentimiento a través de los medios electrónicos dentro del contrato paritario.

APENDICES

APENDICE I.-LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE COMERCIO, CONTRATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS Y DIGITALES (PRINCIPALES)

-Ley de firmas y certificados digitales.-Ley No. 27269 publicada el 28 de mayo de 2000

-Ley que modifica el código civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma

electrónica.-Ley No. 27291 publicada el 24 de junio de 2000

-Ley que incorpora los delitos informáticos al código penal.-Ley No. 27309 publicada el 17 de julio de 2000

-Ley que modifica el artículo 11 de la ley No. 27269 – Ley 27310 publicada el 17 julio del 2000

-Ley sobre Notificación por Correo Electrónico.-Ley No. 27419 publicada el 07 de febrero del 2001

-Prepublicación del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados digitales, Ley No. 27269. Publicada el 21 de junio de 2001

-Proyecto de ley que regula la contratación electrónica. Ley de Comercio Electrónico Proyecto de Ley No. 5010/99 (10 agosto 1999)

APÉNDICE II.-LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE COMERCIO, CONTRATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS Y DIGITALES (PRINCIPALES)

-Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. Resolución 51/162 asamblea general – 8ª. Sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996. Naciones Unidas Nueva York, 1997 (carátula)

-Ley Colombiana sobre mensajes de datos, comercio, electrónico y firma digital.-Ley 527 de 1999 (agosto 18) (Primera Pagina)

-Anteproyecto Español de Comercio Electrónico 2000 (Primera página)

-Anteproyecto Español de la ley de servicios de la Sociedad de la información y de Comercio electrónico 30.04.01.- Título IV Contratación por vía electrónica. (Página 17).

-Ley del Estado de UTAH sobre la firmas digital. Código comentado título 46, capítulo 3 (1996) (Versión corregida – Diciembre 1996). (Página 1 de 8)

-Ley Reglamentaria de firmas digital de la República Federal Alemana.- presentada al parlamento por el Gobierno Alemán el 20 de Diciembre de 1996. (Página 1 de 6)

-Decreto que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil de del distrito federal de México, Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y la ley Federal de Protección al Consumidor. Publicado en el Diario Oficial de la Federación 29 de mayo de 2000 (Primera pagina de documentación fuente secundaria)

-Ley Japonesa de firmas electrónicas y servicios de certificación, “Law Concerning Electrónica Signatures and Certification Services (Unofficial Translation), publicado en Abril de 2001 (Primera página de documentación fuente secundaria).