

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

Para Optar el Título Profesional de

ABOGADO

**“ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA
FUNCIONAL DENTRO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO
EN LA NORMATIVIDAD JURÍDICO – PERUANA”**

Bachiller:

Isaac Ricardo Ordoñez Bringas

Asesor

Abg. SANDRA VERONIKA MANRIQUE URTEAGA

CAJAMARCA – 2014

A mis queridos padres porque hicieron todo en la vida para que yo pudiera lograr mis sueños, por motivarme y darme la mano cuando sentía que el camino se terminaba, a ustedes por siempre mi corazón y mi agradecimiento.

A un gran amigo: Daniel Alfonso García Collantes, quien me brindó su apoyo incondicional en las buenas y malas, sobre todo dentro de nuestra formación académica.

AGRADECIMIENTO

A la Dra. Sandra Manrique Urteaga, docente asesor en esta labor, con afecto y gratitud.

A todos mis amigos y personas que, directa e indirectamente, coadyuvaron a emprender la presente investigación.

TABLA DEL CONTENIDO

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
TABLA DEL CONTENIDO.....	4
INTRODUCCIÓN.....	9

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. ÁREA.....	10
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN – DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
5.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	11
6. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
7. LIMITACIONES.....	12
8. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN.....	12
8.1. GENERALES.....	12
8.2. ESPECÍFICOS.....	13
9. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....	13
10. DISEÑO METODOLÓGICO.....	13
10.1. TIPOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
10.2. FINALIDAD.....	13-14
10.3. ENFOQUE.....	14
10.4. ALCANCE.....	14
10.5. DISEÑO.....	14
11. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	15-16
12. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	16
12.1. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS.....	17
13. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	17

CAPÍTULO SEGUNDO
MARCO TEÓRICO
COMERCIO ELECTRONICO

I. EL COMERCIO:ASPECTOS GENERALES.....	19
1.1.Definición.....	19
1.1.1. Etimología.....	19
II. COMERCIO ELECTRÓNICO	20
2.1. Antecedentes históricos.....	20
2.2. Internet.....	20
2.3. Aportes sobre comercio electrónico.....	23
2.3.1. Otras definiciones sobre comercio electrónico.....	23
III. CARACTERÍSTICAS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.....	26
3.1.Elementos del comercio electrónico.....	27
3.2.Infraestructura que guarda el comercio electrónico.....	32
IV. COMERCIO ELECTRONICO Y USUARIO.....	33
4.1.Transacción electrónica y protección al consumidor.....	33
4.2.Niveles de comercio electrónico.....	34
4.3.Fases dentro de una transacción de comercio electrónico.....	35
V. DIFICULTADES DE IMPLEMENTACION DEL COMERCIO ELECTRONICO...	36
5.1.Altos costos tecnológicos.....	37
5.2.Preparación insuficiente.....	37
5.3.Predominancia del idioma.....	37
5.4.Dificultades dentro del plano jurídico.....	37-38
VI. ECONOMIA DIGITAL Y PRINCIPIOS GENERALES DEL COMERCIO ELECTRONICO.....	39
6.1.Influencia de los cambios tecnológicos en el derecho.....	41
6.1.1. Posición ontológica.....	41
6.1.2. Lex informática.....	42
6.1.3. Imposibilidad de regular.....	42
6.1.4. La defensa de la libertad individual: Ciberactivistas.....	42
6.1.5. Posición instrumental: Empleo de la analogía.....	43
VII. PRINCIPIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.....	44
7.1.Principios generales del comercio electrónico.....	44
7.1.1. Neutralidad tecnológica.....	44
7.1.2. Inalteracion del derecho preexistente.....	45
7.1.3. Principio de buena fe.....	46
7.1.4. Libertad contractual.....	46
7.1.5. Equivalencia funcional.....	47

VIII.	VENTAJAS Y DESVENTAJAS QUE OFRECE EL SISTEMA DE COMERCIO ELECTRÓNICO.....	47
--------------	--	-----------

CAPÍTULO TERCERO

CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL

IX.	Definiciones propuestas.....	51
9.1.	Naturaleza jurídica.....	52
9.1.1.	Equivalencia funcional en el derecho comparado.....	53
9.1.2.	Equivalencia funcional en el sistema nacional.....	55
9.2.	Concepción del criterio de equivalencia funcional en la doctrina.....	52
9.3.	Equivalencia funcional: Naturaleza jurídica.....	53
9.4.	Equivalencia funcional: Supuestos de utilización.....	54
9.5.	Jurisprudencia extranjera.....	54
9.6.	Parangón entre los sistemas de notificación y sistemas de contratación vía electrónica.....	55
9.7.	Notificaciones dentro del proceso laboral.....	56
X.	LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRONICO.....	56
10.1.	Objeto de la ley.....	56
10.2.	Pertinencia de la ley modelo sobre comercio electrónico.....	57
10.3.	Mensaje de datos.....	58
XI.	EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE MENSAJES DE DATOS EN RELACION A DOCUMENTOS.....	60
11.1.	Documento.....	61
11.2.	Documento electrónico.....	62
11.3.	Mérito probatorio de documentos electrónicos.....	64
11.4.	Empleo de los mensajes de datos.....	65
XII.	CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DENTRO DE LA LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRONICO DICTADA POR UNCITRAL.....	67
12.1.	Validez y eficacia de las transacciones electrónicas.....	70
12.2.	Sistema de acuse de recibo.....	72
XIII.	NORMATIVIDAD EXISTENTE A NIVEL NACIONAL SOBRE COMERCIO ELECTRONICO.....	72

CAPITULO CUARTO

ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

XIV. EL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	75
14.1.Ley N° 27269: Ley de firmas y certificados digitales.....	75
14.2.Aspectos doctrinales sobre la firma	75
14.3.Elementos de la firma	76
14.4.Aspectos jurídicos sobre la firma	77
14.5.Firma electrónica y firma digital	77
14.6.Firma digital	78
14.7.Mecanismos de funcionamiento de la firma digital	80
14.8.Análisis sobre a la forma de adopción del criterio de equivalencia funcional	80
14.9.Rol que desempeñan las entidades de certificación	82
14.10. Características de las entidades de certificación.....	83
14.11. Funciones de las entidades de certificación.....	84
XV. ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL EN LA LEY QUE PERMITE LA UTILIZACION DE MEDIOS ELECTRONICOS PARA LA COMUNICACIÓN DE LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD.....	85
15.1.El consentimiento dentro los contratos electrónicos.....	86
15.2.Seguridad jurídica dentro del comercio electrónico.....	88
15.3.Caracteres de la seguridad jurídica.....	89
XVI. ROL QUE DESEMPEÑA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS SUPUESTOS SOBRE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	91
16.1.Tratamiento ofrecido por legislación Nacional.....	92
16.2.El factor de conexión en el derecho internacional privado.....	93
16.3.Normas de conflicto dentro del derecho internacional privado.....	93
16.4.Limitaciones en torno a la adopción del criterio de equivalencia funcional sobre comercio electrónico.....	94
16.5.Aspectos complementarios en cuanto a los supuestos de contratación electrónica....	95
16.6.Funciones complementarias que cumple el criterio de equivalencia funcional dentro de la legislación peruana sobre comercio electrónico.....	97

**CAPITULO QUINTO
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

XVII. La legislación peruana sobre comercio electrónico adopta de forma incompleta el criterio de equivalencia funcional, lo que da paso a una inadecuada implementación de lo contenido dentro de los principios dictados por la ley modelo sobre comercio electrónico desarrollada por UNCITRAL.....100

17.1. Alcances del criterio de Equivalencia Funcional dentro de la Legislación sobre manifestación de voluntad a través de medios electrónicos (Ley 27291).....100

17.2. la legislación nacional sobre comercio electrónico reconoce al criterio de equivalencia funcional pero no en su totalidad lo que genera su incompleta adopción101

17.3. Implementación escalonada del criterio de equivalencia funcional..... 103

CONCLUSIONES.....104

18.1. Recomendaciones..... 105

INTRODUCCIÓN

La sociedad actual ha pasado por una serie de variaciones las cuales han tenido incidencia directa dentro del comportamiento de sus integrantes afectando al establecimiento de relaciones intersubjetivas, en el marco de estas variaciones, la legislación ha desarrollado un entorno específico para regular todas las situaciones en las que la interacción intersubjetiva en el plano jurídico pueda ser normada y se ofrezca un tratamiento adecuado, ante dicha coyuntura surge el comercio electrónico el cual ha sido normado por las naciones unidas a través del ente regulador (UNCITRAL) el mismo que ha desarrollado la ley Modelo sobre Comercio Electrónico, además de dictarse el convenio de Viena sobre compra venta internacional de Mercaderías.

Todas las personas alguna vez hemos empleado internet ya sea para comunicarnos con nuestros parientes o para pasar un momento de entretenimiento, pero alguna vez nos hemos topado con diversas clases de publicidad la cual ofrece adquirir bienes y servicios determinados, ante ello se han ofrecido las facilidades necesarias para poder realizar dichos actos. Pero cabe plantearse lo siguiente: ¿Realmente las transacciones realizadas por medio de Internet poseen la misma eficacia que las celebradas por las formas usuales?, esta interrogante ha querido ser justificada mediante la implementación del criterio de equivalencia funcional. En el presente trabajo se dará prioridad a éste principio, pues supone un paso más concreto sobre la producción de efectos jurídicos de la información que consta en soporte electrónico, además de tratarse lo concerniente a si el mismo es adoptado en su totalidad de acuerdo a los lineamientos establecidos por la ley de origen, y de corresponder realizar un análisis de la casuística existente a nivel de derecho interno.

EL AUTOR

ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DENTRO DEL COMERCIO ELECTRONICO EN LA NORMATIVIDAD JURÍDICO - PERUANA

1. ÁREA DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación se enmarca dentro de la rama del derecho comercial:

La presente investigación se ubica dentro del área jurídica del derecho comercial, pues se centró en establecer la forma de adopción que tiene el criterio de equivalencia funcional dentro de la legislación existente a nivel nacional sobre comercio electrónico.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El comercio nos ofrece una multiplicidad de formas en que puede ser realizado, pero éstas últimas deben adecuarse al acontecer jurídico actual, es por ello que a nivel internacional se optó por implementar un régimen general sobre comercio electrónico, pues se consideró que algunos de los países miembros presentaban dentro de su legislación normas que no se adecuaban al actual acontecer además de presentar mecanismos anticuados.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional se optó por legislar sobre las siguientes materias que tienen incidencia plena dentro del comercio electrónico.

- Ley de firma digital
- Ley que permite la utilización de medios electrónicos para la manifestación de la voluntad.

El asunto es determinar si en la normatividad nacional se adopta de forma completa el criterio de equivalencia funcional propuesto por la legislación internacional,

además de verificar si se siguen los parámetros fijados por la ley modelo sobre comercio electrónico dictada por UNCITRAL.

3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo se está adoptando el criterio de equivalencia funcional establecido por la ley modelo sobre comercio electrónico dictada por UNCITRAL dentro de la normatividad peruana sobre sobre la materia?

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente problema de investigación es de relevancia en la actualidad, debido a la existencia de dificultades cuando se realizan transacciones por medio de internet, pues de presentarse situaciones sui generis se requerirá acudir a la ley modelo sobre la materia. Es en este orden de ideas que, es de actual necesidad establecer como se viene adoptando el criterio de equivalencia funcional dentro de la normatividad nacional sobre comercio electrónico, pues determinará si se siguen los parámetros ofrecidos por la ley modelo sobre comercio electrónico establecida por UNCITRAL, a efecto de minimizar riesgos, dinamizar las transacciones económicas y generar mayor seguridad a los usuarios.

5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACION: DELIMITACION DEL PROBLEMA

5.1 DELIMITACIÓN TEMÁTICA

El presente estudio se centró en establecer en cómo la legislación peruana adopta el criterio de equivalencia funcional dentro de los términos indicados por la ley modelo sobre comercio electrónico, por lo que la presente partirá del estudio, en inicio de regulación normativa a nivel internacional, para posteriormente abordar la legislación nacional, entendida como fuente primaria para nuestro derecho, a efecto de arribar al verdadero conocimiento esencial de la institución bajo análisis.

6. ANTECEDENTES TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

6.1. Congreso iberoamericano de derecho informático: Ministerio de justicia, derechos humanos y cultos. Universidad de las américas.

6.2. Principios fundamentales del comercio electrónico. Tesis doctoral desarrollada por Ana Yasmín Torres Torres.

7. LIMITACIONES

En lo referido a la elaboración del marco teórico, no se ha podido encontrar a ciencia cierta una teoría lo suficientemente respaldada con respecto a los rasgos fundamentales sobre el criterio de equivalencia funcional, a la vez que nos encontramos dentro del sistema jurídico nacional con una ausencia importante en referencia a la jurisprudencia existente en materia contractual que pueda aportar a definir criterios que se adopten a nivel de casuística por lo que se hará mención de jurisprudencia extranjera a fin de complementar el

presente estudio con la finalidad de establecer modelos jurisprudenciales en futuros y potenciales casos que pudieran presentarse a nivel interno.

8. OBJETIVOS

8.1 GENERALES

- a) Establecer la forma de adopción del criterio de equivalencia funcional desarrollado por la ley modelo dictada por UNCITRAL dentro de la legislación peruana sobre comercio electrónico.

8.2 ESPECIFICOS

- a) Determinar cuál es la naturaleza jurídica del criterio de equivalencia funcional.
- b) Determinar en qué supuestos es de aplicación el criterio de equivalencia funcional.
- c) Abordar las limitaciones que presenta la normatividad peruana que tiene incidencia en el comercio electrónico en torno a la adopción del criterio de equivalencia funcional.
- d) Verificar cuales son los criterios empleados por la jurisprudencia extranjera en casuística referida a solución de controversias donde se ha empleado el criterio de equivalencia funcional.

9. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

- a) La legislación peruana sobre comercio electrónico adopta de forma incompleta el criterio de equivalencia funcional, lo que genera una inadecuada implementación de los contenidos fijados por la ley modelo sobre comercio electrónico establecida por UNCITRAL.

10. DISEÑO METODOLÓGICO

10.1 TIPOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

Con respecto a los distintos tipos de investigación, la presente se desarrolló dentro del espacio de las investigaciones dogmático jurídicas (a las cuales también se les denomina teóricas o formales), en este tipo de investigación, el objeto apunta al análisis de las limitaciones, lagunas y el sentido de las instituciones jurídicas que han sido cuestionadas. (Witker, 1965,65).

10.2 FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN:

Por la finalidad que centra el presente trabajo; se intentó ofrecer algunos aportes a los conocimientos existentes en la materia, pues se trata de una investigación que reúne los caracteres de teórica. Además, tomando en cuenta el fin perseguido, siendo caracterizada por tener un fin netamente básico, por el motivo antes expuesto.

10.3 ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

En lo referido al enfoque aplicable de la presente investigación, éste es principalmente cualitativo, porque se hace empleo de métodos de recolección de datos sin medición numérica que permiten reconstruir la realidad tal y como se observa en el sistema antes descrito (Hernández, Fernández y Baptista 2003,5)

10.4 ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente tiene un alcance eminentemente descriptivo, en primer lugar se hizo referencia a la forma de adopción del criterio de equivalencia funcional dentro de las disposiciones nacionales en cuanto a la ley modelo sobre comercio electrónico, dichos estudios descriptivos lo que buscan es detallar de forma minuciosa las propiedades, caracteres, y aspectos fundamentales de cualquier fenómeno que sea sometido a un determinado análisis.(Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio 2003, 117).

10.5 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo al diseño, la presente constituye una investigación de carácter no experimental – transversal descriptivo.

EL DISEÑO ES NO EXPERIMENTAL:

- No se realizó manipulación alguna de variables y se siguió el método de observación del fenómeno en su contexto natural para su posterior análisis (Hernández, Fernández y Baptista 2003, 267)

EL DISEÑO ES TRANSVERSAL

- Porque la recopilación de información se realizó en un determinado momento con la finalidad de describir y hacer un minucioso análisis con respecto a la incidencia de fenómenos en un periodo único de tiempo. (Hernández, Fernández y Baptista 2003, 270)

LA PRESENTE INVESTIGACIÓN ES TRANSVERSAL DESCRIPTIVA:

- Porque se ubicó, clasificó y proporcionó una visión de un fenómeno o una determinada situación. (Hernández, Fernández y Baptista 2003, 273).

11. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BASICOS

Comercio Electrónico:

Como una modalidad de venta de productos y servicios, mediante una página web, a clientes ubicados tanto en Perú como en el resto del mundo.

Criterio de Equivalencia Funcional:

Como uno de los principales sustentos dictados por los organismos internacionales dentro de las leyes marco. Los efectos que ocasionan diversas instituciones electrónicas son similares en sus efectos y consecuencias a sus correlativas del mundo físico y por esta única razón, en lugar de “inventar” un desarrollo legislativo para

estar nuevas instituciones de carácter netamente tecnológico y con tiempos de vida muy cortos, se las equipara con sus similares del mundo físico, que ya han sido desarrolladas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia haciéndolas equivalentes solo en lo que respecta a sus efectos y consecuencias.

Internet:

Va a ser entendida como el espacio virtual dentro del cual los usuarios van a desarrollar relaciones jurídicas de carácter patrimonial bajo los fundamentos de la legislación internacional adoptada sobre la materia (véase la ley marco del comercio electrónico dictada por CNUDMI)

CNUDMI (UNCITRAL):

La comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional, CNUDMI (o UNCITRAL, por su siglas en inglés *united nations commission for the unification of international ltrade law*) fue creada por la asamblea general de las naciones Unidas mediante la resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966 «para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional». Siendo el Perú integrante desde el 25 de marzo de 1999, entrando en vigencia desde el 01 de abril del año 2000.

12. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Se hizo empleo de la técnica documental, la cual es la más empleada por tratarse de una tesis formalista o dogmática (Witker 1995,66).

El análisis documental consiste en recopilar información de documentos, por lo que la técnica esencial la constituye la observación documental, referida a la revisión de la documentación a la cual se tenga acceso y a las distintas fuentes de consulta.

Dentro de la recolección de información se ha empleado la bibliografía respectiva que posee la biblioteca especializada de la facultad de derecho y ciencias políticas de la universidad nacional de Cajamarca y los apuntes del congreso iberoamericano de derecho informático, así como también material bibliográfico físico y virtual (artículos de revistas especializadas de estudios jurídicos en la materia, a nivel nacional e internacional). Dicha información obtenida fue sistematizada u organizada en fichas de registro que coadyuven a alcanzar un análisis complejo de la misma.

En el presente trabajo desarrollado, por haberse establecido que se trata de una investigación del tipo dogmática o teórica, y por lo tanto eminentemente documental, refiriendo que las técnicas que fueron empleadas son las siguientes:

- a) Observación documental
- b) Exégesis de la información documental recopilada.

En lo correspondiente a los instrumentos empleados en el desarrollo del presente trabajo se utilizó, cuadernos de apuntes y fotocopias, y lo referido al fichaje en general.

12.1 TÉCNICAS INTERPRETATIVAS

- Dentro del método comparativo antes mencionado se recurrió a la interpretación comparada, la misma que se basa en el parangón de las instituciones jurídicas a desarrollar.

13. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Son definidos como los medios físicos en los que se consigna la información para su posterior procesamiento (Pineda 1990, 54). De acuerdo a la técnica utilizada, los instrumentos vienen a ser los siguientes:

1. Libreta de apuntes.
2. Dispositivos de almacenamiento masivo (USB).
3. Discos compactos.
4. Archivos de documentos virtuales (páginas web)
5. Fotocopias.
6. Libros.
7. Archivos de anotaciones virtuales.

CAPITULO 2
MARCO TEÓRICO
COMERCIO ELECTRÓNICO

I. EL COMERCIO

1.1. Definición:

Antes de desarrollar lo referido al tema que se desarrolla en la presente, debemos definir al derecho del comercio puesto que de éste último se derivan las instituciones que serán sujetas al presente desarrollo académico, haciendo una breve reseña de su contenido así como de su evolución histórica hasta llegar a ser lo que es en la actualidad.

1.1.1. ETIMOLOGÍA

La palabra comercio deriva del vocablo “*commercium*”, que alude al acto de comprar. El comercio es definido como aquel conjunto de actos mediante los cuales se adquiere bienes y servicios, siendo resultado de distintos actos de mediación que lo integran (compra – venta, circulación, transporte).

Comprende las normas que tutelan el interés público fundado en el interés general como son: El régimen de tipicidad, la conservación de la empresa, la contabilidad legal, la fiscalización estatal, el régimen de control, la nulidad por objeto y por actividad, el régimen del capital, la registración mercantil y los regímenes de responsabilidades, entre otros institutos, incluyendo cuestiones patrimoniales, e importando un sistema de contrapesos respecto de las normas que facilitan los negocios.

En lo que se refiere a la finalidad que persigue el comercio, ésta viene a ser la de permitir la circulación de bienes y servicios entre quienes producen y quienes consumen, dando como resultado la satisfacción de las necesidades. El comercio tuvo gran desarrollo conjuntamente con las sociedades, para lo cual fueron surgiendo nuevas formas de comercio, la cual tuvo como punto de partida el trueque, hasta

llegar a desarrollarse las que empleamos en la actualidad (moneda, crédito, etc), desarrollándose a la par sociedades comerciales.

La actividad comercial, a lo largo de la historia ha demostrado que no tiene barreras, que ha sido siempre internacional, originando la aplicación de leyes en distintos estados. Este continuo intercambio exige la adopción de reglas comunes respecto a la actividad marítima y aérea. Esto explica la creación de la comisión de derecho comercial de las naciones unidas (UNCITRAL) y de otros organismos de integración que han conformado los mercados comunes.

II. COMERCIO ELECTRÓNICO

2.1. Antecedentes históricos sobre el comercio electrónico:

El comercio electrónico, como un intercambio de datos (EDI), tuvo inicios en los estados unidos en los años sesenta con iniciativas independientes en los sectores del ferrocarril, verdulerías y fábricas de automóviles; siendo diseñado con el propósito de fortalecer la calidad de los datos que se intercambiaban con otros usuarios dentro de la cadena de proveedores siendo empleado para sus procesos internos. En los años setenta la transferencia electrónica de fondos a través de redes de seguridad privadas dentro de las instituciones financieras expandió el uso de las tecnologías de telecomunicación con fines comerciales, permitiendo el desarrollo del intercambio entre ordenadores de la información operacional comercial dentro del área financiera, de forma específica en la transferencia de giros y pagos. El intercambio electrónico de datos emplea documentos electrónicos con determinados formatos los cuales reemplazan a los documentos comerciales tradicionales o comunes, como lo vienen a ser las facturas, órdenes de compra, requerimientos de cotizaciones y recepción de avisos.

2.2. Internet

Internet se puede definir como aquel espacio (cibernético – ciberespacio), diferente al espacio físico, lo que la convierte en un objeto maleable y renuente a las reglas

legales que se toma en cuenta en el acontecer tradicional, dicho ciberespacio es autónomo en el sentido de que funciona según las reglas de un sistema autorreferente¹. Tiene una naturaleza no territorial y comunicativa, dicho espacio virtual no es en ninguna forma similar al espacio real. Es un espacio donde prima el anonimato, por la despersonalización que presenta, el individuo ingresa sin tener en cuenta su historial u antecedentes previos inclusive se dejan de lado sus características. Dicho espacio se encuentra clasificado en distintos sub-territorios separados por distintos criterios pudiendo ser: grupos, clases, subgrupos, dominios, subdominios, nacionales, educativos; pudiendo existir una infinidad de criterios en lo que se refiere a la clasificación dentro de la red.

Al empleo de la red como mecanismo que facilita una comunicación en tiempo real y una desterritorialización en las relaciones jurídicas se le denomina internet². Dicho espacio virtual presente una serie de características las cuales algunas vienen a ser las siguientes:

- a) Es una red abierta, porque cualquier usuario tiene acceso o puede acceder a ella.
- b) Es una red interactiva, pues ofrece generación de datos al usuario, es navegable y permite el establecimiento de relaciones.
- c) Es internacional, pues permite superar el obstáculo que implican las barreras territoriales.
- d) Tiene aptitud de generar sus propias reglas, las cuales pueden ser fijadas mediante la costumbre.
- e) Disminuye de forma drástica los costos de transacción con los que cargan los mecanismos tradicionales³.

¹ Harvard Law Review, Vol. 112, number 7. May 1999, "Developments in the law of Cyberspace"

² COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp 20

³ COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp 20

Los caracteres antes mencionados permiten que internet produzca un gran impacto en un amplio rango de cuestiones pertenecientes a la sociología jurídica, dejando ciertos puntos a tratar como lo son: La noción del tiempo, espacio, frontera estatal, lugar, privacidad, etc.

Otro de los elementos a tener en cuenta cuando hablamos de internet, lo constituye el tiempo virtual. Actualmente dicho recurso ha sido manipulado para realizar determinadas actividades, por ejemplo, si una persona deseaba visitar a un familiar en un país lejano, debía emplear demasiado tiempo, como se indica, debía consumir un recurso escaso; actualmente los avances tecnológicos permiten la comunicación de forma instantánea con cualquier parte del mundo. Una dificultad que se puede plantear en torno al establecimiento de relaciones jurídicas mediante el uso de la red, es el de determinar en qué lugar se realiza el acto, pues como se explicó anteriormente no existen límites en el territorio cuando se hace empleo de la red, es decir una persona puede encontrarse en Japón y puede estar realizando un contrato con una entidad ubicada en estados unidos, la dificultad se presenta cuando existe un supuesto de inejecución de la obligación o resolución del contrato. La doctrina ha intentado superar este vacío jurídico planteando la regla de la contratación entre ausentes⁴, sin embargo la mayoría de la doctrina indica por sostener que no existe una regla definida en cuanto al lugar en donde se celebran dichos actos por ser la red un espacio virtual y no físico, dándole prevalencia al elemento “tiempo” para calificar un vínculo como celebrado a distancia⁵.

Los autores sostienen que el entorno virtual aumenta el poder decisorio del individuo además de ofrecer una serie de nuevos conceptos, los cuales se van implementando paulatinamente como lo son la tecnociencia la televisión interactiva, y otros, los cuales representan una influencia bastante notoria en lo que se refiere al estilo y calidad de vida de los actuales usuarios. La internet además de ofrecer dichas facilidades aumenta la libertad de expresión de los usuarios, dicho espacio no ofrece

⁴ ZOPPINI, Andrea, “La conclusión del contrato en internet”

⁵ COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp 27

un sistema tan complejo como lo encontramos en el espacio físico, sino que en términos simples se reducen las formas de interacción social, pues los mecanismos de comunicación son disminuidos además de que se genera cierta incertidumbre en los sitios web visitados por los usuarios pues no se tiene la plena certeza de que los mismos son como se hacen llamar, es decir se le imposibilita al usuario comprobar la autenticidad del sitio.

En lo que a privacidad se refiere, internet influye de manera casi total en la misma, pues un individuo o cualquier persona puede realizar distintas acciones sin dejar su domicilio, dándole sumas facilidades a que los oferentes ingresen al hogar el cual se encuentra sumamente ligado al derecho a la intimidad y privacidad.

2.3. Aportes sobre comercio electrónico

El comercio electrónico de acuerdo a los criterios establecidos por la OMC puede definirse como la producción, distribución, comercialización de bienes y servicios empleando medios electrónicos.

2.3.1. Otras definiciones sobre comercio electrónico:

a) Se define al comercio electrónico como el intercambio telemático de información entre empresas y consumidores que da lugar a una relación de carácter comercial, la cual consiste en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles. De forma general se indica que el comercio electrónico constituye el conjunto de actividades con finalidad mercantil que se realizan mediante sistemas y redes computacionales, sin que exista contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda, y que cubre no solamente actos comerciales directos sino también acciones preparatorias como las de publicidad y mercadeo⁶.

⁶ JIJENA LEIVA, Renato Javier. "Comercio Electrónico, Estado y Derecho". Ponencias VII Congreso Iberoamericano de Derecho e informática, Lima 2000, pp. 23 3

Una de las definiciones más exactas que se pudo encontrar es la que conceptúa al comercio electrónico como cualquier forma de transacción o intercambio de información basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación dentro de lo que es internet⁷.

La comisión de la unión europea define al comercio electrónico de la siguiente forma:

b) El comercio electrónico es el desarrollo de actividad comercial y de transacción por vía electrónica y comprende actividades diversas: La comercialización de bienes y servicios por la vía electrónica; la distribución en línea de contenido digital, la realización por vía electrónica de operaciones financieras y de bolsa, la obra pública por vía electrónica y todo procedimiento de tipo elaborado por la administración pública.

Dentro de estas distintas definiciones se evidencia que existen elementos comunes, los cuales son el tipo de relaciones que comprende, viniendo a ser éstas cualquier tipo de relación que guarde el carácter de comercial, desde una oferta publicitaria hasta la posterior ejecución sobre determinado contrato donde se utilice a la red como medio. De la misma forma de las definiciones antes expuestas no se hace una clara referencia sobre los sujetos intervinientes pues estos pueden ser los propios consumidores, empresas inclusive el estado (implica una definición abierta en cuanto a los sujetos intervinientes). Como último elemento evidenciado de las anteriores definiciones se resalta al soporte electrónico como aquel medio por el cual van a establecerse distintas clases de contratos y actos de contenido patrimonial, el contexto de soporte electrónico es muy amplio, no solamente se refiere a internet, pues existen distintas clases de soportes electrónicos (mecanismos de intercambio de datos).

Uno de los principales desafíos a los que se enfrenta la actual sociedad globalizada, viene a ser la regulación y/o adopción de nuevas reglas para su propio desarrollo, es decir debe adoptarse criterios que conjuntamente con el avance tecnológico puedan

⁷ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO, Torres Álvarez Hernán, Lima- Perú, 2005- pp. 47

normar las distintas clases de relaciones intersubjetivas, es más hoy se habla de la inserción de mercados de nueva economía en oposición a los mercados tradicionales o de vieja economía diferenciándose ambos por sus características especiales.

De acuerdo a Posner⁸ el término nueva economía denota tres clases de industrias interrelacionadas.

- a) La elaboración de software de computadoras;
- b) Los negocios basados en internet (proveedores de acceso a internet, proveedores de servicio de Internet, proveedores de contenido de internet);
- c) Los equipos y servicios destinados al soporte de las industrias antes descritas.

Las denominadas industrias de nueva economía se caracterizan por costos de producción decrecientes, requerimientos de capital bajos, altos rangos de innovación, además de ser rápidas y de ofrecer a los usuarios celeridad en la adquisición de bienes y servicios por medio de la red. Se caracterizan por ser relativamente estables, características que son contrarias a los mercados tradicionales.

Es por ello que la legislación ha optado por comenzar a regular de forma legal el surgimiento de ésta nueva economía por lo que ha optado por desarrollar instituciones relativas a su correcto empleo o utilización para ofrecer a los usuarios confianza y sobretodo seguridad al momento de hacer empleo de la red en las distintas clases de actos comerciales que puedan celebrar.

Para la actual coyuntura el comercio electrónico constituye un tema de creciente importancia, pues hoy en día la información se convierte en uno de los principales elementos, el cual se desarrolla a plenitud en el marco de la interacción existente entre el mundo real y el nuevo mundo virtual mencionado anteriormente ante la nueva aparición de las nuevas clases de mercado. Ante el surgimiento de dichas

⁸ Decisión de la Comisión de 23 de marzo de 2004, Caso COMP/c-3/37-792, seguido contra Microsoft Corporation ante la denuncia interpuesta por Sun Microsystems Inc. por abuso de posición dominante

instituciones, en el año 1996 UNCITRAL (CNUDMI), dicta su ley modelo sobre comercio electrónico, en la cual de su contenido se desprende que tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos, la cual ofrece a los legisladores un conjunto de disposiciones encaminadas a eliminar los obstáculos jurídicos que plantean las legislaciones existentes y que no pueden discriminarse mediante contrato, ofreciendo equiparación al trato dado a la información sobre papel y a la información contenida dentro de un soporte electrónico. La ley concede normas para la formación y validez de los contratos celebrados mediante la red, atribución de mensajes de datos, acuse de recibo y determinación del lugar en que se envíe y reciban los mensajes de datos. Una vez tenidas en cuenta estas ideas podemos inferir que el comercio electrónico está cambiando la forma de competir, permite innovación en comparación a los mercados tradicionales, renueva interacciones intersubjetivas y facilita las mismas.

III. CARACTERÍSTICAS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Francisco González señala lo siguiente: En el comercio electrónico existe algo más que el medio de intercambio empleado. Dicha forma de comercio va emparejada por la globalización de los intercambios, el constante crecimiento de las capacidades de los productores y de las necesidades y exigencias de los clientes. El comercio electrónico introduce cambios en el contacto entre las empresas, entre usuario y empresa, entre ésta última y sus trabajadores, dicha actividad va a revolucionar la economía⁹. La dificultad que se plantea en torno al comercio electrónico es en que si éste sustituirá de forma alguna a cualquier otra forma de comercio, dentro de sus principales características tenemos:

- a) Medio de comercio virtual: Los sujetos participantes no necesitan conocer la presencia física de su contraparte, lo cual brinda la facilidad del caso, pues ambos

⁹ GONZALES GALLEGOS, Francisco. "Confianza y fidelización en el comercio electrónico". En <http://www.tel.uva.es/~fgongal/ce/trabajo/critica.htm>

sujetos pueden encontrarse a distancias lejanas y dicho obstáculo no les impide realizar el acto de comercio, interactuando en un espacio que no es físicamente perceptible.

- b) Medio de comercio de vocación universal: Como se encuentra dentro de internet, cualquier persona puede acceder a él, solamente necesita del acceso adecuado a la misma, por lo que no se ve limitado por barreras geográficas o de cualquier otro tipo.
- c) Vinculación tecnológica: Dentro del comercio electrónico se puede evidenciar que su dependencia con la tecnología es vital, pues a comparación con el comercio tradicional, este no necesita de medio tecnológico alguno.
- d) Medio de comercio de bajos costos: Reduce de forma gradual los costos de transacción pues minimiza los costos administrativos y de distribución.
- e) Libertad de Contratación: Pueden participar todo tipo de personas, ya sea entidades públicas o privadas.
- f) Se desarrolla dentro de un mercado infinito.
- g) Necesita de mecanismos adecuados que doten de seguridad el sistema de contratación en línea.

3.1. Elementos del comercio electrónico:

De acuerdo a las definiciones antes ofrecidas, existen tres elementos principales dentro de la configuración y/o realización del comercio electrónico, sin los cuales no podría llevarse a cabo, viniendo a ser: Los sujetos, los actos de comercio y la infraestructura del comercio electrónico.

3.1.1. Los sujetos

Para tener una clara idea de los componentes dentro del comercio electrónico, antes debemos definir sucintamente a los intervinientes dentro para que se pueda configurar de forma correcta el comercio dentro de su concepto tradicional, pues como se vio anteriormente no existe limitación en torno a los usuarios participantes en esta clase de actos de comercio mediante el empleo de plataformas electrónicas, pudiendo ser

clasificados los mismos de acuerdo a tres criterios, los cuales son consumidores, empresa y gobierno, pasemos a definir estos elementos de forma breve:

3.1.2. Consumidor:

Según la doctrina se puede encontrar lo siguiente acerca del concepto antes mencionado, viniendo a ser el siguiente:

Por consumidor se entiende a las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, productos o servicios materiales o inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. Otra de las definiciones que se puede dar a los consumidores parte de la idea de que son las personas que tienen la posición de demandantes dentro del mercado (las que a su vez pueden ser personas naturales o jurídicas).

3.1.3. Empresa:

La RAE, define a la empresa de la siguiente manera:

“Una empresa es una unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.” Otra definición que nos llamó la atención es la de Simón Andrade, donde dice: “Una empresa es aquella entidad formada con un capital social, y que aparte del propio trabajo de su promotor puede contratar a un cierto número de trabajadores. Su propósito lucrativo se traduce en actividades industriales y mercantiles, o la prestación de servicios”.

De esta definición se desprende que la empresa constituye uno de los principales elementos del comercio en su forma tradicional, pues de los fines y actividades realizados por la misma, se desprende que permite una adecuada circulación en torno

a los bienes y servicios destinados al mercado. Se deduce inclusive que dichas personas ofertan bienes o servicios en un mercado determinado (por lo general se trata de personas jurídicas), no siendo ajena la posibilidad que las personas naturales cumplan dicha función.

3.1.4. Gobierno:

De forma detallada se trata del Estado cuando de acuerdo a sus atribuciones se comporte como agente económico, en el actual acontecer, cumple la función de un mero regulador dentro de la economía.

Para que los negocios tengan un perfecto funcionamiento dentro de Internet, deben tenerse en cuenta determinados conceptos para lograr un más claro entendimiento de cuál es la forma de funcionamiento dentro de internet, viniendo a ser sus elementos los siguientes:

3.1.5. Nombre de dominio:

Este elemento tiene la función de identificar a la empresa que ofrece sus negocios en la red¹⁰, es decir dota de un nombre para diferenciar a la entidad con respecto a otras empresas, de la misma manera ofrece la utilidad para diferenciar sus productos y/o servicios. Cada usuario tiene acceso a la red por medio de dispositivos móviles, ordenadores, etc, pero hay que aclarar que cada uno de dichos artefactos se identifica e individualiza mediante un número único llamado Dirección de Protocolo de Internet (IP address), dicho número se presenta con características especiales, pues tiene cuatro números separados por un punto (dichos números se ubican entre 0 y 255) dando como resultado el número tipo: 192.56.14. La memorización de dicho número, el sistema de nombres de dominio asigna un nombre determinado a los números antes explicados, dichos nombres otorgan más facilidades para la utilización por parte de los usuarios de dichos medios cuando se quiera acceder a uno de estos sitios. Este nombre consiste en determinados caracteres viniendo a ser su estructura la siguiente:

¹⁰ MARIE LASONI, Comercio electrónico, Aspectos Legales pp.25

3.1.6. Tipología de los nombres de dominio

Podemos evidenciar que se encuentran los nombres de dominio de nivel superior, se diferencia de los nombres de dominio comunes en que culminan con las cifras literales TLD, “.com” para entidades dedicadas al rubro comercial, “.org” para entidades de índole gubernamental, “.net” para las computadoras de proveedores de servicios de red.

Nombres de dominio que diferencian los sitios por el país en el que se encuentran, en el caso del Perú el nombre de dominio es “.pe” Dichos caracteres tienen como utilidad diferenciar el rubro y el lugar al cual se está accediendo, de la misma forma se hará distinción sobre en qué lugar se encuentra desarrollando su actividad.

La entidad que se encarga del sistema de nombres de dominio, direcciones IP, gestión de servidor raíz y de coordinación de asignación de números protocolo viene a ser ICANN¹¹.

En lo que se refiere al Perú la entidad responsable del registro y de la administración de nombres de dominio bajo “.pe” es la red científica peruana PENIC (Perú network information center). En lo correspondiente a la disponibilidad del nombre de dominio de tercer nivel “.pe”, éstos son asignados de acuerdo al criterio “first come, first served”¹². Por lo que puede inferirse que es absolutamente improbable que dos personas u entidades posean de forma simultánea el mismo nombre de dominio.

Una vez entendidos los conceptos básicos en torno a la definición y elementos del comercio, pasaré a detallar los términos y componentes fundamentales en lo que concierne al comercio electrónico, viniendo a ser estos los siguientes:

¹¹ ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), es una entidad privada no lucrativa californiana, creada a fines de 1998, cuya finalidad es la de hacerse cargo de los aspectos técnicos y organizativos de la red.

¹² Este criterio no es compartido por la mayoría de los usuarios, quienes indican que se trata de una asignación restringida

3.1.7. Claridad en el modelo de negocio

El primer paso para la implementación de un proyecto de comercio electrónico, es la definición clara de lo que la empresa desea proyectar, con o sin él. El internet abrió las puertas de nuevas oportunidades de negocios y evolucionó las diferentes formas de hacerlos. Sin embargo, una empresa puede fracasar en su intento por hacer negocios en internet, si no tiene claramente definido su modelo de negocios a aplicar en forma particular para su compañía.

3.1.8. Base de datos

Existen en la actualidad muchos motores de bases de datos que presentan muy buen rendimiento en la parte transaccional, por mencionar algunos: Oracle, sql server, sybase, db2, algunos de libre distribución como postgre-sql. Todos ellos brindan no solo velocidad en términos de tiempos de respuesta, sino otros aspectos no menos importantes, tales como seguridad, confiabilidad e integridad de la información.

3.1.9. Plataforma de la aplicación

Algunas empresas como microsoft, oracle, sunmicrosystem, etc, ofrecen plataformas sobre las cuales se soporta un sistema de comercio electrónico. El punto a tener presente en este componente es que debe ser una arquitectura multicapa (multitarea), siendo la más usada, la de tres capas, la cual, realmente es una arquitectura cliente/servidor, donde cada componente es un cliente o es un servidor.

3.1.10 Arquitectura Tecnológica

Para soportar un proyecto de comercio electrónico, es necesario revisar la infraestructura tecnológica (hardware, software), con que cuenta la organización. Se debe evaluar, si con la infraestructura de tecnología actual, se puede montar el sistema. Por lo general, se requiere de inversión adecuada y estandarizada en lo que se refiere a tecnología.

3.1.11. Sistema de información

El componente principal de un sistema de comercio electrónico es el software aplicativo como tal. Una organización, puede tener una excelente tecnología, la mejor base de datos del mercado, un buen servicio de internet, el computador más veloz, etc; pero si el software aplicativo no produce los resultados esperados, en cuanto a funcionalidad, rendimiento, seguridad, oportunidad, etc; el proyecto no tendrá plena adaptación.

3.1.12. Convenios y medios de pago

Para llevar a buen término la implementación de un sistema de e-commerce, en ocasiones se torna importante el establecer convenios con otras entidades para garantizar el flujo normal de la operación. Esto no solo conlleva el establecer un convenio, con una institución financiera para poder efectuar un débito a la cuenta, etc; sino, también el aspecto logístico para efectuar la entrega de un producto al usuario final.

3.1.13. Seguridad en e-commerce

Es quizá, uno de los aspectos más relevantes a tener presente en el e-commerce. Las personas aún sienten el temor de dar su número de tarjeta de crédito, pues debe ofrecerse mayores elementos en cuanto a seguridad se trata pues el tráfico jurídico de bienes así lo requiere.

Los componentes del comercio electrónico le permiten a las empresas proyectar su imagen y consolidar su prestigio de un modo más eficaz y oportuno. Su estructura se hace más flexible y dirigida hacia la comercialización de bienes y servicios en ambientes gráficos que le permitan al cliente evidenciar la gama de productos con un extraordinario impacto visual.

3.2. Infraestructura que guarda el comercio Electrónico

Una vez explicados los elementos componentes del comercio electrónico se hablará lo referido a como se encuentra conformado y en base a qué criterios encuentra sustento este tipo de comercio mediante la utilización de plataformas electrónicas en la actual coyuntura.

El comercio electrónico se encuentra conformado por los soportes electrónicos, incidiendo en la mayor parte de contenidos en internet (lo que no quiere decir que existan otros medios electrónicos dentro de su conformación). Dicho concepto hace referencia a que no solo se debe considerar a la computadora y sus distintas clases de programas, sino también al propio sistema de línea telefónica que permite la conexión de un ordenador en la red. Cabe efectuar la siguiente precisión, a que categoría pertenecen los proveedores del servicio de internet, de acuerdo a las definiciones antes indicadas, puede considerarse a los mismos dentro de la infraestructura del comercio electrónico porque los usuarios emplean el servicio ofrecido como medio para realizar los actos de comercio mediante una plataforma electrónica, no teniendo la calidad de sujetos antes detallada.

IV. COMERCIO ELECTRÓNICO Y USUARIO

4.1. Transacción electrónica y protección al consumidor:

En lo que se refiere a la regulación existente como se ha venido explicando en torno a la modificación que se hace al art. 140 del código civil en lo referido a una de las formas de la manifestación de la voluntad haciendo empleo de medios electrónicos no existe una legislación específica sobre el comercio electrónico, solo existiendo un único dispositivo legal el cual viene a ser el decreto legislativo N° 716 – ley de protección al consumidor, aplicándose a las operaciones de oferta y compraventa realizadas en la web. A lo que cabe precisar que dicho decreto antes mencionado no aparece adaptado para regular lo referido a las transacciones de contenido electrónico

que tiene lugar en la red, la cual pertenece al régimen de la venta a distancia. Hay que hacer mención que de ninguna forma el decreto legislativo N°716 no guarda contenido alguno sobre la venta a distancia. Con lo que se llega a acreditar que se expone al consumidor a factores de riesgo, en torno a la dificultad de identificación del proveedor, por lo que existe gran posibilidad de fraude en la utilización de tarjetas de pago, ofertas indiscriminadas, así como de envíos forzosos, ocasionando serias dificultades en torno al cumplimiento de las cláusulas contractuales y sobre todo ofrece la imposibilidad de conocer in situ el producto o servicio. Con lo que con los riesgos antes indicados en diversos países se ha optado que en el marco de una venta a distancia y en torno a la celebración de contratos en línea, se ha optado por brindar al consumidor un sistema de protección reforzada y de derechos particulares, como el acceso a una información previa idónea para su puntual conocimiento y así poder brindar un sistema de seguridad jurídica adecuado para los consumidores, que pueda ofrecer las garantías del caso en los casos antes indicados. Por lo que tomar en cuenta dichos conceptos por la legislación actual es de imperiosa necesidad ya que con el transcurrir de los tiempos las necesidades y sobre todo los mecanismos han sufrido variaciones, por lo que debe ofrecerse un marco jurídico seguro y transparente, que brinde la confianza y la protección necesaria en todas las etapas que implica la transacción electrónica, es decir desde la oferta en línea hasta la ejecución del contrato.

4.2. Niveles del comercio Electrónico

Los niveles existentes en cuanto al comercio electrónico se refieren a los fijados por los sujetos, los cuales se encargan de dotar de contenido a dicho régimen, viniendo a ser los siguientes:

a) Business to business:

Este nivel es definido como el mecanismo más simple de compras haciendo empleo de internet, se dice que se está dentro de un intercambio interempresarial, éste nivel

constituye uno de los principales sustentos del comercio electrónico pues dota de contenido al mismo desde que se emplea a internet como intermediario entre los actos celebrados o a celebrarse en un futuro cercano.

b) Vertical market places:

Se encargan de proveer los distintos servicios a la industria, siendo la electrónica uno de los principales rubros que ha tenido bastante desarrollo en lo que va de la actualidad.

c) Horizontal market places:

Ofrecen servicios que interrelacionan a distintos rubros de la industria, ofreciendo el servicio de plataforma para que se facilite el intercambio de bienes y servicios.

d) Business to consumer:

Se encuentra constituido por las relaciones existentes entre las empresas y los usuarios clientes en forma singular y a pequeña escala, diferenciándose del business to business por ser a menor escala. Dicho mecanismo ofrece a los compradores la posibilidad de ahorrar tiempo y dinero, además de ser un medio de carácter interactivo mediante el cual se puede obtener la información solicitada y a través de las mismas se puede realizar una comparación de prestaciones y servicios de manera fácil. Pero dicho mecanismo así como ofrece determinadas ventajas a los usuarios, también ofrece ciertas desventajas pues existen problemas en lo referido a la seguridad y privacidad pues los datos transmitidos dentro de las plataformas digitales pueden ser empleados por otras personas.

e) Consumidor:

Como parte integrante del comercio electrónico, pueden entablarse u establecerse relaciones de carácter comercial entre los consumidores , por lo que a gran escala son quienes reciben el bien y servicio dentro del procedimiento final en cuanto a este clase de transacciones mediante plataformas electrónicas, por lo que se les debe ofrecer las condiciones adecuadas pues como se dijo anteriormente una de las principales preocupaciones gira en torno a lo que es la seguridad de los datos

transmitidos y a su manipulación correcta por parte de las empresas que ofrecen sus servicios en línea.

4.3. Fases dentro de una transacción de comercio electrónico

En lo que se refiere al comercio electrónico, los procedimientos no tienen demasiada variación si se realiza una comparación con los actos de comercio realizados en forma tradicional, la diferencia radica sobre los medios empleados pues éstos se constituyen por medios electrónicos (principalmente internet), pues como se indicó anteriormente existe otras formas de realizar un intercambio de datos entre usuarios.

4.3.1 Localización o identificación de las partes

Denominada también como fase de preventa consiste en que la parte demandante (en términos de mercado) busca determinado bien o servicio de acuerdo a características u requerimientos específicos mientras que la parte ofertante encuentra un mercado adecuado en el cual introducir su producto o servicio para ofrecerlo. Es por eso que dicha etapa es llamada de localización de ambas partes¹³, con la diferencia que dentro del entorno digital dicho proceso de localización se realiza empleando medios electrónicos. El derecho interviene dentro de lo que es publicidad y protección al consumidor, pues debe garantizársele al comprador que se encuentra recibiendo descripciones detalladas y ciertas de los bienes y servicios a adquirir, pues a diferencia de lo que ocurre en el comercio tradicional los bienes no se encuentran al alcance del comprador en ese momento, no existiendo por lo tanto proximidad física alguna.

4.3.2. Contratación electrónica

Una vez culminada la etapa de localización, se da lugar a la vinculación conocida como contratación, la cual todos conocemos de forma genérica. En esta etapa tienen plena incidencia los medios de seguridad que se pueden encontrar cuando se hace empleo de la red como medio de transacciones de bienes y servicios tales como: Firma digital, certificados digitales, etc.

¹³ SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO. Torres Álvarez Hernán. Lima – Perú 2005.

4.3.3. Ejecución y conclusión de los contratos:

Como última etapa de una operación comercial supone que las partes se han obligado válidamente usando medios electrónicos, es decir las partes contratantes deberán ejecutar las prestaciones pactadas, en el caso del comprador a realizar el respectivo pago por los mecanismos acordados, mientras que el vendedor se compromete a entregar el bien o servicio solicitado, no olvidando que se empleó a la red como medio de interacción entre ambas partes contratantes para la perfecta validación de dicha obligación.

V. DIFICULTADES DE IMPLEMENTACION DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Como quedó establecido en puntos anteriores el empleo del comercio electrónico ofrece a los usuarios y entidades sumas facilidades en cuanto a los actos de comercio realizados por intermedio de la red y cualquier otro soporte electrónico, pero dicho aspecto implica solamente ver una cara de la moneda, pues existen diversas dificultades que han ido surgiendo con el devenir y avance actual en cuanto a la utilización de esta clase de tecnología, más aún dentro del plano jurídico existen diversos problemas a resolver, por lo que es idóneo presentar algunas de estas dificultades para tener una clara idea de a qué situaciones nos enfrentamos más aún en ésta época donde la economía y la tecnología van de la mano.

5.1. Altos costos tecnológicos:

El empleo de comercio electrónico implica necesariamente el acceso a internet necesariamente, y por ende debe tenerse el acceso a la tecnología adecuada para emplear a la red como medio del comercio, lo que implica que los usuarios adquieran los equipos adecuados para lograr tal fin, dicho acceso genera altos costos para los mismos en distintos países, específicamente en el Perú, esta situación ha ido mejorando con el transcurrir de los años pues los usuarios tienen mayor acceso a

internet, pues cualquier persona puede acceder a una cabina e interactuar con otro usuario.

5.2.Preparación insuficiente:

Existe sin duda alguna una falta de formación dentro de los usuarios, pues no se emplea a totalidad a la internet pues la misma presenta diversas aplicaciones, de esto se desprende que cuando se trata de realizar alguna transacción por medios electrónicos caemos en errores que no podemos subsanar, más aun cuando se trata de operaciones de comercio.

5.3.Predominancia del idioma:

Como suele suceder en la mayoría de casos, el desarrollo tecnológico se centra en determinado país, en la presente el empleo de internet ha tenido sus orígenes en los estados unidos de américa, por esta razón los programas a utilizar han sido creados eminentemente en el idioma de dicho país (ingles) impidiendo a gran cantidad de usuarios que no conocen el idioma acceder a los beneficios que plantea la utilización del mismo, constituyendo una limitación que debe ser subsanada.

5.4. Dificultades dentro del plano jurídico:

Existen diversas dificultades que se presentan dentro del comercio electrónico, pues existen diversos criterios, los cuales son los siguientes:

5.4.1. Identificación de la partes:

Dentro de los elementos configurativos del comercio, ambas partes deben encontrarse plenamente individualizadas, pues de no ocurrir esto, no estaríamos hablando de un acto de comercio, poniendo un ejemplo, supongamos que una persona que es menor de edad se encuentra en casa con el acceso a la red facilitado en dicho lugar, por

medio de ella empieza a adquirir cualquier clase de material (ropa, accesorios, etc), la dificultad se centra en que la empresa que brindará dicho servicio no tiene la plena certeza de con quien se encuentra contratando, pues al no existir algún tipo de contacto físico entre ambos sujetos, se ignora las características de la otra parte, (el mismo caso se aplica cuando una empresa contrata con algún usuario, no tiene certeza si sus datos son auténticos o si existe en verdad).

5.4.2. La confidencialidad de la información transmitida:

Se refiere más que todo a la seguridad que se ofrece cuando se envían mensajes de datos por intermedio de la red, partiendo de los supuestos en que dichos datos son interceptados por personas especializadas en el manejo de los mismos, pudiendo inclusive modificarlos y emplearlos para sus propios intereses, pues en algunos escenarios el manejo de información se convierte en uno de los factores claves en cuanto al empleo de la plataforma de internet como mediador. Por lo que se debe ofrecer a los usuarios métodos simples que garanticen la inalterabilidad y seguridad de los datos que dejan en la red al emplearla.

5.4.3. Determinación de la ley aplicable:

Cuando hablamos de actos de comercio realizados haciendo el empleo de la plataforma en internet, pueden presentarse diversas situaciones en que las obligaciones pactadas no lleguen a cumplirse del todo, siendo necesario establecer criterios en cuanto a la legislación que se aplicará para el caso en concreto planteándose las siguientes interrogantes: ¿Será de aplicación la legislación del lugar del domicilio de la entidad oferente de bienes y servicios en la red? o si es aplicable la ley del lugar del domicilio del comprador, siendo que dichas interrogantes deben ser analizadas mediante la implementación de nuevos cuerpos legales, pues a nivel de derecho interno contamos con las normas relativas a derecho internacional privado.

5.4.4. Determinación del domicilio legal de los sujetos intervinientes en actividades de comercio electrónico:

Cuando nos referimos al término domicilio todos tenemos una noción clara de lo que significa, como aquel lugar en el que tenemos establecida nuestra residencia, pero cuando se trata de transacciones que tienen lugar dentro de plataformas electrónicas, a qué tipo de domicilio nos estamos refiriendo, pues no se trataría de un domicilio físico. Especializada doctrina introduce el término de domicilio virtual¹⁴, definiendo a éste como aquel lugar donde se encuentra alojada la página web. Cuestiones como éstas hacen que sea indispensable contar con un marco legal que regule las instituciones en cuanto a intercambio electrónico de datos se refiere.

VI. ECONOMIA DIGITAL Y PRINCIPIOS GENERALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO:

Es preciso hacer un breve análisis sobre lo que integra la economía digital y sobre la adopción de estas nuevas técnicas en los mercados de nueva economía, los cuales fueron definidos anteriormente, podemos mencionar lo siguiente:

El estudio de Internet plantea que debe realizarse un minucioso análisis sobre el impacto que genera en los costos de transacción su utilización. Pero cabe plantear la siguiente pregunta: ¿Qué entendemos por costo de transacción?, siendo la respuesta la siguiente:

Los costos de transacción son aquellos en los que incurren las partes para llegar a determinado acuerdo, dichos costos tienen cierta vinculación con lo que cuesta localizar a la contraparte en una futura relación jurídica, los que demanda arribar u adopta un acuerdo y los derivados de la ejecución de la misma.

La red ocupa un rol importante en cuanto a la disminución de los costos de búsqueda y de adopción de acuerdos, lo cual explica su rápida difusión en una escala a nivel

¹⁴ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO, Torres Álvarez Hernán, P.U.C.P – Lima Perú – 2005. pp. 68

global. La aparición de las denominadas transferencias electrónicas facilita a los usuarios el empleo de internet para el envío de datos, transferencias electrónicas, y el acceso a la información “on-line”, dando paso a una reformulación de los modelos tradicionales, además de ofrecer un aumento hacia las posibilidades de interacción de los usuarios, de elegir productos y servicios en un rango cada vez más amplio (descentralización y territorios ilimitados), de obtener bienes personalizados y de disminuir el tiempo de elección, teniendo como principal resultado la disminución de los costos de transacción en beneficio del consumidor¹⁵.

Otro punto de suma importancia lo constituyen los costos de ejecución, pues existen dificultades en lo que se refiere a la jurisdicción, ley aplicable, problemas en torno al arbitraje dentro del espacio virtual, existiendo distintos esfuerzos por superarlos.

En la economía digital, las tecnologías de la información y las comunicaciones aconsejan adoptar una organización virtual. Mediante acuerdos con socios tecnológicos especializados en determinados eslabones de la cadena de valores pueden alcanzar nuevos niveles de calidad, flexibilidad y ahorro.

Como queda claro, el empleo de internet representa para los usuarios un riesgo importante, pero ante la aparición del mismo su empleo se ha visto aumentado de forma considerable, no siendo ajena a esta realidad los ataques que pueden presentarse contra la propiedad en línea (de manera más específica sobre la propiedad intelectual), pues como se explicó anteriormente dentro del procedimiento respectivo a seguir para realizar el registro de nombre de dominio en el Perú se deben seguir las pautas establecidas por el organismo supervisor competente. Con la suma facilidad que tienen los usuarios para acceder a la información en línea (textos, archivos musicales, en general toda clase de datos)¹⁶, esto representa un riesgo potencial para aquellas personas que no hacen un registro adecuado de su propiedad y por ende se ven afectadas, puesto que en la mayoría de los casos el único mecanismo protector de dicha propiedad lo son advertencias mediante mensajes las cuales solo hacen mención

¹⁵ COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp 39

¹⁶ MARIE LASONI, Comercio electrónico, Aspectos Legales pp.37

de los derechos reservados de propiedad intelectual, y por ende la piratería se ha convertido en uno de los principales obstáculos generando consecuencias económicas importantes. La utilización de los contenidos propiedad de otros usuarios (de los creadores de contenido), han tenido en los últimos años un crecimiento considerable, pues con suma facilidad se puede duplicar determinada creación con exactitud y a la par distribuirla por toda la red.

De acuerdo a los parámetros y funciones que cumple el principal elemento dentro del mundo digital, como lo viene a ser la información, ésta puede ser transmitida a muchas personas sin ocasionársele disminución o desgaste alguno¹⁷.

6.1. Influencia de los cambios tecnológicos en el derecho

Principalmente existen dos posiciones que tratan de diferente forma la influencia que tiene la tecnología sobre el ordenamiento jurídico, de forma más generalizada sobre el Derecho en sí. La primera viene a ser la posición “ontológica” la cual sostiene que nos encontramos dentro de un mundo totalmente nuevo que exige una regulación totalmente diferente a la que tenemos actualmente, mientras que la segunda llamada “instrumental”, indica que de forma simple las actuales regulaciones deben ser trasladadas mediante el empleo de la analogía. Pasaremos a desarrollar ambas posiciones para tener una idea más clara de cómo se está variando las ideas que se plantean sobre la utilización del derecho actual al nuevo mundo que ha surgido, vale decir el ciberespacio.

¹⁷ COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp. 44

6.1.1. Posición ontológica:

El surgimiento del ciberespacio, como un lugar distinto a la realidad hace que los elementos que lo integran sean totalmente diferentes a los que conocemos fácticamente, pues se da lugar al surgimiento de nuevos paradigmas digitales, vale decir existe un lenguaje nuevo, una distinta concepción del tiempo y del espacio. Se argumente que podrá darse paso a una constitución digital, la cual dará origen a un derecho constituido preponderantemente por normas técnicas que no necesitan ser interpretadas porque no es un lenguaje ambiguo, sino se encuentra guiado por la lógica formal¹⁸. Esta posición encuentra su fundamento sobre tres tipos de argumentos:

6.1.2. La lex informática

Plantea que la red debe autorregularse siguiendo el modelo de la descentralización, pues dicho espacio debe calificarse como uno de índole privado pues solamente puede ser tratado cuando se presenten situaciones especiales, debiendo dejar de lado el intervencionismo estatal y por ende hablar de una ley similar a la lex mercatoria y hablar de una lex informática, adaptada a las necesidades del medio.

6.1.3. La imposibilidad de regular

Otras posiciones indican que resulta sumamente imposible dotar de una regulación adecuada dentro de este entorno digital, dicha dificultad consiste en que el acceso a dicho espacio por ser de por si amplio, interactivo, anónimo, a escala transnacional, no existe ente alguno que pueda establecer una restricción no lesiva y hacerla cumplir¹⁹.

¹⁸ COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp 51

¹⁹ FAZZARALI, Raúl. “Normativa de internet en la República Argentina”. LL, 24-3-99

6.1.4. La defensa de la libertad individual: Ciberactivistas

Para esta corriente denominada libertaria, debe ofrecerse una garantía en torno a la libertad de expresión en internet, porque constituye de alguna forma un medio de liberación de las distintas desigualdades existentes en la sociedad a nivel fáctico, constituyendo la participación de los navegantes en los sitios, es la entrada a un lugar de carácter sumamente público, y por ende no existe diferencia alguna en el trato que se le quiera dar a los usuarios participantes, siendo libres de pagar costos los cuales son exigidos en la sociedad como la conocemos.

Estas posiciones son el sustento de la corriente ontológica, ahora pasaré a desarrollar lo referido a la corriente Instrumentalista.

6.1.5. Posición instrumental: Empleo de la analogía

Esta corriente indica que deben ser aplicadas al espacio virtual las costumbres y prácticas empleadas en el espacio real, de modo de hacer más flexible, confiable y eficiente la aceptación del paradigma digital. Dentro de esta corriente existen ideas liberalistas y otras que sugieren la intervención estatal, mediante el cual se consagra un “orden público tecnológico”²⁰. Es por esto que en otro plano se estaría hablando de un derecho internacional de internet²¹, que fije un orden público de índole internacional, lo cual viene a constituir una futura posibilidad, no siendo aplicable dicho modelo jurídico a la actual coyuntura. Teniendo en cuenta ambas corrientes en lo que se refiere a la forma de regulación dentro de la red, podemos establecer que las mismas ofrecen aportes que sin duda serán empleados dentro de una no muy lejana creación de dicha normatividad, pero a decir de algunos autores, sugieren que se siga como modelo el paradigma del anclaje, el cual sostiene que se permita establecer puntos fijos que permitan la innovación pero no el sin sentido, no debe dejarse las cosas simplemente a la improvisación, dicho criterio implica hacer un minucioso

²⁰ COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp. 57

²¹ COMERCIO ELECTRONICO, Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial ARA, Lima – Perú 2003, pp. 58

análisis de las innovaciones, para posteriormente aceptarlas, dentro de un contexto de valores, de normas y de rigor. El problema en lo que se refiere a una regulación clara y compleja del entorno digital constituye uno de los principales problemas en la actualidad, por lo que ante el crecimiento y avance de internet se hace necesario un ambiente que ofrezca un adecuado trato legislativo dentro de dicha escala global²².

VII. PRINCIPIOS DEL COMERCIO ELECTRONICO

En primer lugar para tener como principal referencia, que entendemos por principio²³, el cual viene a ser aquel enunciado amplio que permite solucionar un problema o dificultad orientando a hacia un determinado comportamiento, resuelto dentro de un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad de hechos que ofrece la vida como la conocemos de acuerdo a los hechos que acontecen; agregando que son normas “prima facie” sin terminación acabada, y por lo tanto pueden sufrir modificaciones de acuerdo a las necesidades que se presenten como lo es en el presente caso la expansión de la internet.

Dentro de los principales fundamentos que podemos encontrar referidos al sustento del comercio electrónico podemos mencionar los siguientes:

7.1.1. Principio de neutralidad tecnológica:

Se basa en el respeto al uso de cualquier tecnología que se utilice o pueda usarse en el futuro a efectos de transmitir un mensaje de datos o insertar una firma electrónica, por lo tanto implica no favorecer unas tecnologías sobre otras con la finalidad de evitar posibles obsolescencias legales.

Dentro de la legislación extranjera (Venezuela), en el contenido de la exposición de motivos de la LMDFE, el legislador alude en forma expresa a este principio al indicar

²² FAZZALARI, Raúl; PALAZZI, Pablo, “Pautas para una regulación de las autopistas de la información – Comentario a la Declaración Ministerial de Bonn del año 1977.

²³ LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Comercio Electrónico”, Edit. TEMIS S.A Bogotá Colombia – 2003, 2da. Edición pp. 62

que la ley no se inclina por una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos, advirtiendo la necesidad de incluir las tecnologías existentes y las que están por existir.

La preocupación existente dentro de la legislación extranjera por el respeto al principio de neutralidad tecnológica se puede observar no sólo en el texto de la Ley, sino también en la redacción del título, al referirse al uso de la firma electrónica en contraposición con algunos países que se limitan a regular “la firma digital”, como sucede en Colombia, Argentina, Puerto Rico, Chile, Panamá, Costa Rica.

Finalmente es de destacar que este principio no es propio del comercio electrónico, en el campo de la tecnología, es imperante la redacción de normas suficientemente amplias de modo que se puedan incluir tecnologías actuales y futuras. En la ley orgánica de telecomunicaciones (LOTEL) de Venezuela, también puede observarse la influencia de este principio, específicamente en la redacción del artículo 4 que al definir las telecomunicaciones, indica que se entiende por tales las transmisiones, emisiones o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, inventados o por inventarse, dando cabida legal a futuros desarrollos tecnológicos en el sector.

7.1.2. Principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos:

Según este principio, los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía electrónica, ya que se trata sólo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial.

Una vez más recurriendo al derecho comparado, en Venezuela, el principio de inalteración del derecho preexistente lo encontramos en el texto de la exposición de motivos de la LMDFE que indica – aunque de modo muy superficial- que la ley no

pretende alterar el funcionamiento de los negocios jurídicos sino otorgar validez a los mensajes de datos.

Si bien es cierto que en principio el derecho preexistente no debe alterarse, hay que advertir que en algunos casos, en razón de la peculiaridad del medio utilizado, el derecho exige una modificación. El ejemplo típico es el del acuse de recibo, se trata de un instrumento de muy poco uso en el comercio tradicional, pero de fundamental importancia en el marco del comercio electrónico, requisito exigido con la finalidad de proveer seguridad a las relaciones contractuales.

7.1.3. Principio de buena fe:

Es una consecuencia del principio de no alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, donde priva la buena fe en la interpretación de los acuerdos contractuales.

La buena fe tiene singular importancia en el ámbito del comercio electrónico debido al desconocimiento en el uso y funcionamiento de esta nueva forma de contratar. En opinión de la doctrina más autorizada en la materia, este principio es fundamental y adquiere especial significado ante el desconocimiento y la desconfianza generada en el medio por su reciente aparición y complejidad técnica, por lo tanto la buena fe debe ser respetada en grado superior mientras las circunstancias del parcial desconocimiento y desconfianza persistan.

7.1.4. Principio de libertad contractual

Fundamentado en la autonomía de la voluntad de las partes, el principio de libertad contractual se encuentra consagrado en el texto de la exposición de motivos de la LMDFE al permitir a las partes convenir la forma de realizar sus transacciones y decidir si acuerdan o no adoptar los procedimientos electrónicos para celebrar sus contratos. La libertad contractual implica dos cosas, por una parte, la elección del

medio empleado en las negociaciones y por la otra, la libertad para incluir las cláusulas o convenios que consideren necesarios a efectos de regir sus relaciones.

7.1.5. Principio de equivalencia funcional

El desarrollo de contenido de éste principio se realizará en el capítulo correspondiente, por lo cual solamente se ofrecerá un breve alcance sobre el mismo.

Mediante este principio se pretende equiparar a los medios tecnológicos con los tradicionales a efecto de entablar relaciones de carácter comercial.

Martínez Nadal indica que según este principio, la firma digital consigue iguales sino superiores efectos, que los que ofrece la firma manuscrita, puesto que ofrece integridad, autenticidad, y de forma definitiva no existe de forma alguna rechazo de origen²⁴.

VIII. VENTAJAS Y DESVENTAJAS QUE OFRECE EL SISTEMA DE COMERCIO ELECTRONICO

El comercio electrónico debe ser analizado en cuanto al impacto que generan los costos de transacción a los usuarios, los cuales son definidos como aquellos gastos en los que incurren las partes contratantes para llegar a un determinado acuerdo²⁵. Los costos se encuentran vinculados con lo que cuesta localizar a la otra parte de una futura relación jurídica, lo que demanda llegar a un determinado acuerdo, dentro de éste contexto la tecnología representa una gran disminución en cuanto a los costos de transacción de los cuales son sujetos los usuarios, pero esto implica que la información ofrecida a los mismos sea lo más clara posible, que exista de por medio un adecuado comportamiento de ambas partes contratantes teniendo como consecuencia una escalonada difusión del empleo de la red a escala global.

²⁴ MARTINEZ NADAL, José Luis. "Los terceros de confianza en el comercio electrónico". http://vlex.com/redi/No._33_-_Abril_del-2001/8

²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. COMERCIO ELECTRÓNICO. Edit. Temis. Bogotá Colombia. 2003. pp. 37

Dentro de las ventajas que nos ofrece un sistema sobre comercio electrónico podemos citar las siguientes:

- a) Ofrece un sistema de comunicación inmediata porque permite la interacción de ambas partes contratantes sin encontrarse limitada por los obstáculos fácticos que se puedan evidenciar como lo viene a ser la distancia en el presente caso.
- b) Ofrece un enorme sistema de recolección de datos, pues permite que los usuarios que opten por el empleo de este sistema neo-industrial acceder a los datos de su contraparte sin hacer distinciones de raza, creencias religiosas, nacionalidad, etc. Constituyendo dichos elementos indicadores que permiten medir la velocidad y a que escala se encuentra en expansión este nuevo sistema de contratación.
- c) Permite que los costos de celebración u perfeccionamiento de los contratos se vean reducidos de gran manera con respecto a un recurso que no puede ser manipulado, el tiempo pues reduce de forma considerable el mismo. En distintas áreas permite reducir costos de administración e inclusive puede facilitar las transacciones electrónicas (refiriéndome al sector financiero), dando lugar a nuevos modelos organizativos en cuanto al empleo de este novedoso medio.
- d) Permite aumentar la capacidad de elección de los usuarios pues haciendo empleo de la red, se incrementan las posibilidades de encontrar los bienes y servicios con los cuales no se cuenta en determinado lugar.

En cuanto a las Desventajas se ofrece el siguiente alcance:

- a) Los costos de ejecución constituyen determinadas dificultades porque se presentan conflictos en las relaciones patrimoniales celebradas, dando lugar a que se determine la jurisdicción competente, ley aplicable, por lo que se ha optado distintos mecanismos para superarlos, como lo viene a ser la remisión a una legislación modelo y a disposiciones sobre Derecho Internacional Privado.

b) La capacidad del usuario se encuentra atada a serias limitaciones, pues entre los caracteres de la red, ésta ofrece en su mayoría contratos por adhesión, significando para el usuario serias restricciones en cuanto a la libertad contractual.

c) En cuanto al tráfico de datos que ofrece, el mismo presenta serias dificultades, pues en la actualidad los mismos pueden ser apartados de la esfera jurídica del titular, además de poder ser difundida por todo el mundo.

d) El empleo de Internet debilita de forma escalonada lo referido al aspecto de la privacidad de los usuarios, pues se ofrece la facilidad en cuanto a la conexión que ofrece a los usuarios, pudiendo hacerlo desde la comodidad de su casa. Todo este sistema garantista puede verse seriamente afectado con este fenómeno.²⁶

²⁶ BERMAN, Marshall. "Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la Modernidad". Siglo XXI. 1989.

CAPITULO III

EL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL

IX. Definiciones propuestas:

Según Gonzáles Ogas, el criterio de equivalencia funcional estipula que los actos u contratos suscritos sobre soportes electrónicos ofrecen la misma validez y producen los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel, indicando el establecimiento de las siguientes presunciones:

- a) Se reputarán como escritos aquellos actos y contratos cuando la ley exija que los mismos consten por medios escritos;
- b) La firma electrónica se mirará como la firma manuscrita para todos los efectos legales²⁷.

De las definiciones antes expuestas, estamos hablando de un mecanismo que hace equiparación entre los medios electrónicos y los medios usuales de contratación, dando paso a la convivencia del sistema escrito y del sistema electrónico. Dicho criterio debe aplicarse a todos los mecanismos de seguridad jurídica establecidos en las disposiciones internacionales sobre la materia. En cuanto a su implementación en el Perú se hará el respectivo análisis de las normas existentes a nivel de comercio electrónico para de esta forma poder evidenciar si dicho principio es de uniforme adopción.

La palabra equivalencia del concepto da lugar al cotejo de la función que cumple un mensaje de datos en equiparación a la función que cumple un documento físico. Los medios tradicionales cumplen con unas funciones específicas, y prueban hechos particulares; algunos prueban quien creó un documento, otros cuando se creó, o con qué información se ha comprometido el creador del documento. El criterio de equivalencia funcional establece que un mensaje de datos que cumpla con esta misma

²⁷ GONZALES OGAZ, Cristóbal. "Algunos aspectos sobre el proyecto chileno de ley sobre firma electrónica y servicios de certificación de firma electrónica"

función específica, tendrá los mismos efectos jurídicos que estos medios tradicionales.

Sostiene Leopoldo Brandt²⁸: “Existe la tendencia mundial para asimilar los documentos electrónicos y las firmas electrónicas a sus contrapartes del mundo material, por lo que en última instancia, y por mandato de ley, dichos documentos electrónicos deberán ser considerados y no discriminados, incluyendo aquí a los avisos de las páginas web”.

El criterio de equivalencia funcional de los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos respecto de aquellos suscritos en forma manuscrita, e incluso oral, constituye el principal fundamento del comercio electrónico, se trata de un requisito sine qua non del mismo, y por ende no podría desarrollarse si no se encuentra correctamente implementado a un nivel de seguridad y confianza requeridos dentro del actual acontecer, es por ello que este criterio constituye la base fundamental para evitar la discriminación de los mensajes de datos electrónicos con respecto a las declaraciones de voluntad expresadas de manera escrita o tradicional²⁹.

9.1. Naturaleza jurídica del criterio de equivalencia funcional

Una vez determinados el concepto y los principales caracteres sobre el criterio de equivalencia funcional, podemos inferir que su naturaleza jurídica es la de ofrecer un medio de equiparación en cuanto a los efectos, validez y eficacia de los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos respecto de aquellos que son perfeccionados en el espacio físico además de ofrecer a los usuarios que celebran contratos haciendo empleo de soportes electrónicos niveles adecuados en cuanto a seguridad jurídica se refiere. Partiendo de estas ideas su implementación es necesaria en cuanto a su adopción por los distintos ordenamientos jurídicos y de esta manera orientarnos hacia un panorama más adecuado en cuanto a los índices de aumento de

²⁸BRANDT L. “Páginas Web. Condiciones y Términos Legales” Legis Editores, C. A.Caracas. 2001. p. 39

²⁹LANDÁEZ ARCAJA NELLY. : La equivalencia funcional, la Neutralidad tecnológica y la libertad informática.

actividad contractual haciendo empleo de la red. La equivalencia funcional, adoptada por vía normativa es reconocida en la sociedad de la información con la pretensión de llenar un vacío legal.

9.1.1. Equivalencia funcional en el derecho comparado:

Con la finalidad de efectuar un parangón entre ambos sistemas a efectos de ofrecer mayores alcances sobre la finalidad que guarda el criterio de equivalencia funcional establecido por la ley marco sobre comercio electrónico fijada por UNCITRAL, y a la vez comprender a ciencia cierta los alcances del mismo en cuanto a efectos se refiere para de esta forma arribar al verdadero conocimiento de la institución sujeta a análisis, es necesario verificar los supuestos dentro de los cuales este criterio es empleado, de ésta forma se podrá ofrecer mayores detalles sobre su eficacia, indicándose que no se ha podido verificar su utilización en jurisprudencia sobre materia contractual, sin embargo en materia procesal ha sido empleado, dentro de los contenidos siguientes:

Notificación por medios electrónicos: Equivalencia funcional con notificación personal. Comunicaciones electrónicas permiten presencia virtual. Bogotá. Colombia marzo de 2010. Sala de consulta y servicio civil.

Un sistema de notificación por medios electrónicos, debe garantizar los mismos resultados prácticos de la notificación presencial en cuanto al conocimiento de la decisión y la posibilidad de ejercer los recursos, para poder dar los mismos resultados jurídicos a la presencia física del interesado en la oficina pública como a su presencia virtual expresada en la interacción por medios electrónicos. El ordenamiento jurídico vigente da soporte a esa posibilidad, bajo el criterio de la equivalencia funcional, conforme al cual el medio de notificación que se adopte debe reunir los requisitos necesarios para preservar los derechos de los interesados, la exigibilidad de las decisiones de la administración, y su prueba. (...) El

conocimiento y el desarrollo de los medios electrónicos de comunicación, fortalecidos y en continuo avance a partir de la década de los 90 en el siglo pasado, han sido recogidos por la legislación colombiana como instrumentos para mejorar la actividad de la administración pública y su interacción con los particulares. (...) como puede observarse, los artículos transcritos regulan aquellos requisitos de los documentos o de la información, relacionando y definiendo como tales: el escrito, la firma, el original, la integridad, la fuerza probatoria y la conservación; para cada uno de ellos se señala el modo como debe ser satisfecho, sea que la ley exija expresamente el requisito de que se trata o que solamente establezca las consecuencias de su omisión. Dichos requisitos en los documentos físicos o en los electrónicos apuntan a garantizar: La accesibilidad para su posterior consulta; la identidad de quien emite el mensaje y la certeza de que aprobó su contenido; la integridad de la información desde cuando se generó de manera definitiva y la posibilidad de mostrarla, su conservación en el formato original de envío o de recibo, con los datos de origen, destino, fecha y hora de envío, recepción o producción del documento. Así, *“estos requisitos aplicados al documento físico y al documento electrónico deben hacerlos equivalentes, es decir, iguales en su valor, estimación, potencia o eficacia y, como consecuencia, deben tener los mismos efectos jurídicos”*. Como fuera hecho mención anteriormente UNCITRAL contempla las directrices para otorgar validez al documento electrónico. Como podemos habernos dado cuenta existe similitud de la legislación nacional sobre manifestación de voluntad a través de medios electrónicos, mencionando a la vez la utilización que se le puede otorgar a dichos mensajes de datos en materia procesal, siendo su contenido el siguiente: *“En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”*, además debe dejarse claro que cuando nos encontremos en materia judicial debe tenerse presente que el mensaje de datos como tal, debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe otorgársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.

9.1.2. Equivalencia funcional en el sistema nacional:

En la legislación peruana se hace referencia a los sistemas de notificación electrónica de la siguiente forma:

a) Dentro del proceso laboral, en el artículo 13 de la nueva ley procesal del trabajo cuyo tenor es el siguiente:

Las notificaciones de las resoluciones que se dicten en el proceso se efectúan mediante **sistemas de comunicación electrónicos** u otro medio idóneo que permita confirmar fehacientemente su recepción, salvo cuando se trate de las resoluciones que contengan el traslado de la demanda, la admisión de un tercero con interés, una medida cautelar, la sentencia en los procesos diferentes al ordinario, abreviado y de impugnación de laudos arbitrales económicos. Las resoluciones mencionadas se notifican mediante cédula. Para efectos de la notificación electrónica, las partes deben consignar en la demanda o en su contestación una dirección electrónica, bajo apercibimiento de declararse la inadmisibilidad de tales actos postulatorios. La notificación electrónica surte efectos desde el día siguiente que llega a la dirección electrónica. Al haberse fijado los contenidos de ambas normas, podemos indicar lo siguiente:

Los sistemas de notificación que ostenta la legislación peruana en cuanto al proceso laboral ofrecen la posibilidad de efectuar el acto de notificación a través de medios electrónicos, quedando sobreentendido que dichos actos deben revestir los caracteres que presentan los actos de notificación usuales, es decir si se cumple con éstos últimos, las notificaciones electrónicas surten los mismos efectos y por ende gozan de la misma validez y eficacia jurídica, haciendo que el criterio de equivalencia funcional se encuentre implementado en materia procesal dentro del ordenamiento nacional y consecuentemente dicho sistema se encuentra dentro de las prerrogativas fijadas por la ley modelo sobre comercio electrónico dictada por UNCITRAL.

X. LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO:

ASPECTOS GENERALES:

Una de las principales disposiciones legales referidas a la implementación del comercio electrónico es la conocida como: “Ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico”, la cual tuvo como fecha de implementación el año de 1996, dicha norma fue preparada por el grupo de trabajo en torno al comercio electrónico, dicha disposición no fue de aplicación inmediata pues se pudieron evidenciar diversos obstáculos legales en torno a los conocimientos existentes sobre la materia. La Ley Modelo debe considerarse como un régimen especial bien definido y equilibrado que se recomienda incorporar al derecho interno en forma de norma unitaria de rango legal.

La ley modelo va acompañada de una guía para la incorporación al derecho interno que ofrece antecedentes y explicaciones para ayudar a los estados a preparar las disposiciones legislativas necesarias y para orientar a los usuarios.

10.1. Objeto de la Ley

La legislación implementada por los organismos internacionales en cuanto a comercio electrónico tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos ofreciendo a **los legisladores un conjunto de reglas internacionalmente aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos** y a dar una mayor previsibilidad al comercio electrónico. En particular, la ley modelo tiene la finalidad de superar los **obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato equiparando el trato dado a la información sobre papel con respecto a la información electrónica**. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones

prescindiendo de soportes físicos para fomentar la eficacia en el comercio internacional.

10.2. Pertinencia de la ley modelo sobre comercio electrónico:

Fue el primer texto legislativo en que se plasmaron los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional, que están muy ampliamente reconocidos como los elementos fundamentales del derecho moderno que rige el comercio electrónico. El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón de que figure en formato electrónico. El principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro sin necesidad de emprender una labor legislativa. En el criterio de equivalencia funcional se establecen los parámetros conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel.

En la primera parte de la ley modelo, compuesta de quince artículos, se establecen principios generales con el fin de brindar el soporte legal al comercio electrónico en aquellos países que promulguen leyes modelo. Estas serían extremadamente útiles en suministrar el necesario apoyo legal a las reglas de 1990 del CMI sobre conocimientos de embarques electrónicos. Sin embargo, tales artículos no tienen aplicación directa al comercio marítimo, pero son esenciales si el comercio marítimo se realiza en un ambiente electrónico.

Del análisis de la ley implementada por el grupo de trabajo de CNUDMI podemos mencionar los siguientes conceptos, los cuales serán de suma utilidad en cuanto a su entendimiento y utilización:

10.3. Mensaje de datos:

La ley lo define como la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

La ley modelo se basa en el reconocimiento de los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel los cuales constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la ley modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de “escrito”, “firma” y “original” con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática.

Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y el artículo 13 de la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Se señaló que la ley modelo debería permitir a los estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito. Se dijo, al mismo tiempo, que la observancia de este requisito requeriría en algunos casos una reforma de la normativa aplicable al respecto, que tuviera en cuenta una, en particular, de las muchas distinciones entre un documento consignado sobre papel y un mensaje EDI, a saber, que el documento de papel es legible para el ojo humano y el mensaje EDI no lo es, de no ser ese mensaje consignado sobre papel o mostrado en pantalla. La ley modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces “criterio del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus

objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. En cuanto a la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento sobre soportes físicos. Por ello se adoptó en la ley modelo un criterio complejo que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: Al adoptar el criterio del “equivalente funcional”, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de “escrito firmado”, “original firmado” o “acto jurídico autenticado”. La ley modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los parámetros que, de ser cumplidos por un mensaje de datos permitirían la atribución a ese mensaje de un

reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que dentro de los artículos 6 a 8 de la ley modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de “escrito”, “firma” y “original”, pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos.

Se ha dado el nombre de equivalencia funcional a la solución que ofrecen varias normas de carácter convencional, leyes modelo y normas internas estatales que, rigiendo los documentos electrónicos otorgan iguales efectos que los que corresponden a los instrumentos otorgados bajo forma privada firmados y no firmados. Se trata de averiguar si la equivalencia funcional es: Un principio, un principio jurídico, una precaución legislativa, un descuido del legislador, o una deliberada formulación de la norma en un lenguaje natural para evitar las dificultades que los términos propios de las tecnologías de la información y comunicación acarrea a quien los desconoce. Si se aceptara que la aplicación de un principio en el ámbito jurídico, tendrá plena validez por traer aparejada una o varias consecuencias jurídicas, estaríamos ante el principio jurídico de equivalencia funcional³⁰.

XI. EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE MENSAJE DE DATOS EN RELACIÓN A LOS DOCUMENTOS:

Gran parte por decir la mayoría de los actos comerciales realizados por los usuarios se realizan en soporte de papel, otorgándoseles el carácter de documentos, antes de pasar a lo que en si trata de justificar el empleo del principio de equivalencia funcional debemos tener claro los conceptos de documento y documento electrónico, pues su entendimiento traerá como consecuencia el pleno entendimiento de lo que es el criterio de equivalencia funcional así como su plena utilización³¹.

³⁰ Dirección electrónica consultada: http://www.41jaiio.org.ar/sites/default/files/23_SID_2012.pdf

³¹ DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel, “Manual de Derecho Informático”, Pamplona, Aranzadi. 8va. Edición - 2006.

11.1. Documento

La palabra documento deriva de del latín *documentum* que deriva del verbo *docere* que quiere decir enseñar, hacer, saber, anunciar³².

Partiendo de este concepto que la real academia de la lengua española define al documento como todo escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.

DEVIS ECHANDÍA³³ nos define el documento en sentido estricto como “*toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con por los sentidos de la vista y del tacto, que sirve de prueba histórica indirecta representativa de un hecho cualquiera. Puede ser declarativo - representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe.*”

Por lo general un documento es un objeto en el que puede representarse un hecho natural o un acuerdo de voluntad o el resultado de una actividad o procedimiento³⁴.

CARNELUTTI³⁵ nos define el documento como una cosa que hace conocer un hecho, el cual tiene las siguientes notas características:

- a) Es algo Inmaterial
- b) Tiene una finalidad representativa del acontecimiento

³²ESPAÑA. Diccionario de la Real Academia Española.

³³Vid. DEVIS ECHANDÍA Hernando, Teoría general de la prueba judicial, 3ª Editorial Buenos Aires, p. 186. ROSSELLÓ MORENO, Rocío de, El Comercio Electrónico y la protección de los consumidores, Barcelona: CEDECS, 2001, p. 39. El documento en sentido estricto, se identifica con un documento que tiene como soporte el papel, utiliza la escritura como unidad de significación y que por norma general, suele estar firmado manualmente.

³⁴ROUANET MOSCARDÓ, Jaime. Valor probatorio procesal del documento electrónico. Congreso sobre derecho informático, Zaragoza, 1989.

³⁵CARNELUTTI, Appunti sulle obbligación en RD Rom, 1915.

c) Debe ser anterior al litigio en el cual se pretenda utilizar como medio de prueba³⁶.

De lo anteriormente expuesto puede inferirse que el documento es un medio probatorio de carácter representativo, en cuanto simboliza una situación ocurrida con anterioridad, siempre que esté soportado en un elemento tangible. Puede servir también como una prueba directa, siempre que contenga elementos de certeza y credibilidad, o indirecta, cuando contenga una narración o información que lo haga susceptible de interpretación, la cual es histórica, si contiene la descripción de los hechos, o crítica, si el contenido debe ser interpretado para lograr un resultado.

11.2. Documento electrónico:

El documento electrónico está definido en sentido estricto como una representación capaz de reproducir una cierta manifestación de voluntad la cual es materializada a través de las tecnologías de información sobre soportes magnéticos, como un usb, un CD-ROM, una tarjeta inteligente u otro, y que consiste en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre y, en sentido amplio, son documentos informáticos, caracterizados por la posibilidad de ser perceptibles y legibles directamente por el hombre sin necesidad de la intervención de máquinas traductoras³⁷.

GIANNINI ANTONIO³⁸ al concebir la escritura como la fijación sobre un soporte material de un mensaje destinado a la conservación, afirma que no hay inconveniente para considerar el documento electrónico como documento escrito, ya que cumple con las características que tiene un documento:

a) Contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico).

³⁶RODRÍGUEZ DE CASTRO,

E.P. La contratación informática: el nuevo horizonte contractual, los contratos electrónicos e informáticos. 3ª. ed., Granada: Comares, 2.000, p. 56.

³⁷HERRERA BRAVO, Adolfo, El Documento Electrónico. Algunas Vías de Aplicación en el derecho probatorio chileno, Santiago de Chile

³⁸GIANNINI ANTONIO, Ettore, El valor jurídico del documento electrónico. En Informática y derecho, apuntes de doctrina informática, Volumen I, Buenos Aires: De palma, 1991.

- b) El lenguaje convencional (el de los bits).
- c) Sobre soporte (cinta o disco).
- d) Destinado a durar en el tiempo.

La equiparación del documento electrónico al privado exige una interpretación extensiva del concepto tradicional del documento. Para ello es importante estudiar las características del documento privado, para determinar si el documento informático las cumple, y, por lo tanto, puede entenderse incluido en la noción de documento³⁹.

11.2.1. Primera característica:

Soporte en papel: tradicionalmente se entiende que el documento debe plasmarse en soporte papel. Un argumento permite afirmar que el soporte electrónico o magnético es tan válido como el soporte en papel: Desde el punto de vista funcional, el mensaje electrónico puede guardarse en soporte material como es cualquier soporte magnético con capacidad para durar en el tiempo de manera estable, de la misma forma que el soporte en papel.

11.2.2. Segunda característica:

Necesidad de expresión escrita.- Un concepto de escritura más amplio, lo establece como un instrumento capaz de responder a un significado y autoriza incluir el mensaje electrónico como una expresión escrita. Todo escrito utiliza un determinado lenguaje y una lengua. Por su lado, el documento electrónico utiliza también un lenguaje, que si bien no es el analógico sino el binario (el de los bits), no deja de ser un lenguaje, en la medida en que son magnitudes físicas que representan de forma codificada nociones o noticias que son susceptibles de procesarse y transmitirse. No obstante, tales magnitudes aunque no sean directamente comprensibles para el ser humano (como no lo sería una lengua desconocida), el propio ordenador se encarga

³⁹BARCELÓ, Rosa Julia, Comercio Electrónico entre empresarios, La formación y prueba del contrato electrónico (EDI), Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 169.

de traducirlas. Ello se realiza de dos maneras: Mediante su impresión en un escrito cualquiera, o bien, a través de su registro en la memoria del sistema y posterior lectura directa desde la pantalla del ordenador.

11.3. Mérito probatorio de documentos en soporte electrónico:

Pongámonos en el supuesto en que no se lleguen a ejecutar las obligaciones contractuales solicitadas dentro de transacciones realizadas haciendo empleo de la red, la parte afectada ante dicho incumplimiento presentará la acción correspondiente pero cabe plantearse la siguiente incógnita: ¿En base a qué documento el acreedor basará su acción para lograr el cumplimiento de la obligación? Estando dentro de éste supuesto se indica que al no poseer documentación sobre papel, existen los denominados documentos electrónicos los cuales fueron definidos anteriormente, asimismo no pueden ser objeto de materialización a diferencia de los documentos que se emplean de forma cotidiana⁴⁰. ¿Podríamos hablar de prueba cuando se presenten inconvenientes en el caso que los contratos celebrados por medios electrónicos no sean cumplidos en su total contenido? La respuesta es afirmativa pues mientras exista certeza podemos hablar de prueba cuando existe algún documento de carácter electrónico donde se acrediten las obligaciones correspondientes a cada parte contratante porque la prueba es el instrumento fundamental, no tanto del proceso como del derecho en general, porque sin las pruebas el derecho no conseguiría su objeto, más aun considero que dichos conceptos deben adaptarse a las instituciones actuales, como lo vienen a ser los supuestos de configuración en cuanto a comercio electrónico se refiere.

En este sentido debe entenderse por prueba la acción de probar, de hacer la prueba, como cuando decimos que al actor le incumbe la prueba de los hechos afirmados,

⁴⁰ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO, Torres Álvarez Hernán, Fondo Editorial. Lima – Perú -2005.

“*actor probat actionem*” con lo cual se preceptúa que es él quien debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción⁴¹.

11.4. Empleo de los mensajes de datos

Los mensajes de datos permiten recibir o enviar información, así como comunicarse. Cuando el mensaje de datos está respaldado con una firma electrónica permite también certificar la identidad del emisor.

En lo que se refiere al contenido que trae la ley modelo sobre comercio electrónico se evidencia que dentro de su artículo 4 hace referencia a la definición que se ha venido dando la cual fue explicada anteriormente, me refiero a lo que se entiende por mensaje de datos, además de enunciar la siguiente terminología:

- a) Intercambio electrónico de datos
- b) Iniciador
- c) Destinatario
- d) Intermediario
- e) Sistema de información

El Capítulo I, contiene las provisiones generales: ámbito de aplicación (artículo 1), definiciones (artículo 2), interpretación (artículo 3) y modificación mediante acuerdo (artículo 4).

Es importante dar a entender que dicha terminología es empleada en la presente ley modelo, por lo que debe de realizarse un análisis minucioso de cada uno de los términos antes expuestos, pues con ello se dotará de la información suficiente para entender de forma total a la legislación sujeta a análisis.

⁴¹CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil, II, Composición del proceso*. Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1944, p. 399.

11.4.1. Intercambio de datos electrónicos

Dentro del artículo 2 inciso b) de la ley modelo del comercio electrónico, ésta lo define como la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto. La implementación de los mensajes de datos ocurre dentro de un entorno cibernético y virtual que ha ido avanzando dentro de la actual sociedad, ante este fenómeno la legislación debió adecuarse a dichos cambios en cuanto a la información que se maneja de acuerdo a las pautas y cánones establecidos⁴².

11.4.1.1. Iniciador

Por iniciador de un mensaje de datos se entenderá a 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 antes de ser archivado.

11.4.1.2. Destinatario:

Por destinatario de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje (en todo caso recepciona o toma conocimiento del mensaje de datos antes enviado).

11.4.1.3. Intermediario:

Por intermediario, la ley modelo lo define como toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

⁴² LORENZETTI RICARDO LUIS, "Comercio Electrónico", Ara Editores, Bogotá – Colombia 2003

11.5. Sistema de información:

La ley modelo define al sistema de información como aquel procedimiento utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

Dichos conceptos son los empleados en cuanto a la terminología ofrecida por la ley modelo de comercio electrónico elaborada por el grupo de trabajo en comercio electrónico CNUDMI.

XII. EL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DENTRO DE LA NORMATIVIDAD EXISTENTE SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO (UNCITRAL): LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO.

Dentro del capítulo II de la ley modelo sobre comercio electrónico, se desarrolla lo correspondiente a los requisitos legales que deben cumplir los "**mensajes de datos**", a partir de su reconocimiento jurídico, al señalar que no se le niega efectos, validez o fuerza probatoria. Dicho reconocimiento es necesario y esencial por la razón de que el comercio electrónico es un concepto nuevo.

Los artículos 6 al 8, sobre escrito, firma y original, respectivamente, proporcionan alcances sobre el criterio de "equivalencia funcional". Si hay un requerimiento legal para una de esas categorías, esos requerimientos pueden ser satisfechos por el mismo dentro del mensaje de datos. En las reglas del CMI para los conocimientos de embarque electrónicos, la aceptación de tales requerimientos se consideran cumplidos mediante la aplicación de la teoría del consentimiento tácito, concepto que podría no ser admitido en algunas jurisdicciones donde la ley modelo fuese adoptada, lo cual causaría una incertidumbre y, por ende, una reducción en el uso de los conocimientos de embarque electrónicos.

El problema de la admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos está solucionado en aquellas jurisdicciones donde se ha adoptado la llamada "*regla de la*

mejor prueba" (best evidence rule), conforme a la cual no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión de un mensaje de datos por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

Es importante, sin embargo, señalar que, tal como se mencionara durante los contenidos desarrollados por UNCITRAL, probablemente habrán casos, especialmente en los países de derecho continental o civil, en donde su derecho procesal no ha admitido esa regla sobre la prueba, por lo que sus tribunales se encontrarán en dificultad en cuanto a la admisión y el valor probatorio de los mensajes de datos generados por computadoras, en lugar de los documentos escritos en papel.

El artículo restante en este capítulo señala los requisitos para la conservación o el archivo de los mensajes de datos. Para que el mensaje de datos, sea confiable, es esencial que sean conservados sin que se les pueda realizar modificación alguna durante largos períodos de tiempo. Igualmente es importante que, durante ese largo período de tiempo, puedan ser accesibles. Esos requisitos parecieran fáciles de cumplir, pero ello no es así dada la variabilidad e implementación de los cambios tecnológicos, ocasionando la obsolescencia tanto de las máquinas (hardware) como de los programas (software) de computación. Es claro, que muchos cambios pueden tener lugar en pocos años, de modo tal que el mensaje de datos generado años atrás, posiblemente no pueda leerse e imprimirse por un equipo actual. Por ello, no es suficiente poder conservar o archivar mensajes de datos en discos, sino también poder tener una computadora operativa, capaz de leer e imprimir el mensaje de datos requerido.

El capítulo III prevé los protocolos de comunicación de los mensajes de datos; esto es la formación y validez de los contratos a través de "mensajes de datos", su reconocimiento por las partes, su atribución, su acuse de recibo, tiempo lugar del envío y recepción.

Dentro de los supuestos de contratación electrónica de acuerdo a la definición ofrecida por Carlos Vattier Fuenzalida⁴³ los contratos electrónicos son aquellos contratos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos. Dichos contratos pueden ser entendidos en dos sentidos. En sentido amplio son todos aquellos que se celebran por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, mientras que en sentido estricto son aquellos que se celebran mediante el llamado diálogo de computadoras a través de una red telemática binaria e interactiva de operadores intermedios. La definición debe ser adecuada al objeto del contrato que haya adoptado la legislación, de forma específica para el derecho peruano ha sido concebido como la relación jurídica y no los bienes y prestaciones adoptados por otros ordenamientos jurídicos.

Las principales dificultades que podemos evidenciar dentro de los llamados contratos electrónicos es el referido a definir el momento y lugar en el que se perfecciona el contrato. Dentro de esta clase de contratación se puede enunciar algunos conceptos sugeridos por la doctrina, los cuales vienen a ser “presencia y ausencia”, ambos criterios no han sido adoptados por la legislación peruana, y ante dicha ausencia la misma ha recogido los criterios de comunicación inmediata y falta de comunicación inmediata (artículo 1385 del código civil). Dentro de la legislación peruana se implementan los conceptos de contratación entre presentes y contratación entre ausentes. Ante los supuestos de aceptación del contrato, el código civil en su artículo 1373, el cual regula sobre el perfeccionamiento del contrato en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Actualmente la problemática se plantea cuando se considera concluido el contrato entre dos partes que se encuentran en distintos lugares y que no pueden comunicarse o entablar cualquier tipo de comunicación en forma inmediata, existen diversas teorías que desarrollan dicha problemática antes propuesta.

a) Teoría de la Declaración:

El contrato queda concluido en el momento en el que el aceptante manifiesta que su voluntad coincide de forma plena con la del oferente.

⁴³ VATTIER FUENZALIDA, Carlos. En torno a los contratos electrónicos. Barcelona, Editorial Bosch. S.A 2000

b) Teoría de la expedición:

Para el perfeccionamiento total del contrato la manifestación de voluntad del aceptante resulta insuficiente pues la misma debe desprenderse de su misma esfera personal, ofreciéndole de cierta forma un carácter más definitivo.

c) Teoría de la recepción:

El contrato queda perfeccionado cuando la aceptación llega a la dirección del oferente, la misma que de acuerdo a la doctrina es su domicilio o establecimiento.

d) Teoría de la cognición o conocimiento:

El contrato solo queda perfeccionado cuando ambas partes conocen que la oferta ha sido aceptada, pues el contrato se concluye cuando el oferente conoce de la aceptación de su oferta. El código civil peruano dentro de su artículo 1373 ha optado por orientarse dentro de la teoría del conocimiento, pues indica que el contrato se considera celebrado cuando la aceptación es conocida por el oferente.

Dentro de los supuestos de contratación electrónica el artículo 1374 trata lo referido a la contratación entre ausentes, pues menciona tanto el conocimiento de la oferta, aceptación y cualquier otra se consideran conocidas al momento en que llegan al conocimiento del destinatario. Cuando se emplean medios electrónicos se presume la recepción al momento en que el remitente obtenga el acuse de recibo (dicho término será tratado a continuación).

12.1. Validez y eficacia de las transacciones electrónicas:

Ha quedado demostrado que los usuarios con el afán de simplificar determinados costos de transacción recurren a la internet como medio de perfeccionamiento sobre

los contratos que realizan, a comparación de quienes utilizan los medios tradicionales, lo que no quiere decir que constituyan mecanismos anticuados, sino que sería idóneo que dichos usuarios tengan conocimiento de los sistemas que ofrece la contratación electrónica, pues el desconocimiento constituye uno de los principales obstáculos en cuanto a esta nueva figura jurídica se refiere, pues de ser considerada en cuanto a las facilidades que ofrece, considero que sería un gran paso en cuanto a los supuestos de contratación al verse masificadas las nuevas modalidades contractuales. Ante estos conceptos nos encontramos en la capacidad de mencionar una de las concepciones referidas en cuanto a la contratación electrónica, viniendo a ser el siguiente: “Se entenderá por contrato formalizado por vía electrónica el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando las mismas su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos tanto de tratamiento como de almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos electromagnéticos.”⁴⁴ En cuanto a la validez que se le pueda otorgar a la transferencia electrónica de datos, constituye en su momento uno de los principales puntos de discusión pues no se podía afirmar que aquellos revestían de las mismas características que se le otorga a los contratos realizados o perfeccionados por los mecanismos usuales. La principal dificultad como se ha podido venir evidenciando a lo largo de la presente investigación, constituye sin duda las siguientes interrogantes:

- a) ¿En realidad podemos sostener que existe contrato cuando ha sido perfeccionado mediante medios electrónicos?
- b) ¿Se le puede otorgar a esta clase de contratos la validez y eficacia que presentan los mismos celebrados por medios usuales?

Ante dichas interrogantes, se plantea lo siguiente:

Con respecto a la validez del documento electrónico y su equiparación al documento en soporte papel, la ley modelo sobre comercio electrónico enuncia el criterio de equivalencia funcional en su art. 5, bajo el título de Reconocimiento Jurídico de los mensajes de datos, en los siguientes términos: “No se negarán efectos jurídicos,

⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. COMERCIO ELECTRÓNICO. EDIT. TEMIS. Bogotá – Colombia. 2003. Primera Edición.

validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

Lo importante al momento de equiparar los efectos jurídicos de un documento contenido en soporte papel a un documento electrónico, es la posibilidad de recuperación del mensaje en el sentido de que su contenido sea accesible posteriormente y reconocido por las partes o por terceras personas. Con esta exigencia se da cumplimiento al requisito solicitado para los documentos tradicionales de duración en el tiempo. Es importante observar también los requisitos de validez, pues para que un documento electrónico sea equiparable a un documento tradicional y produzca los efectos requeridos por quien manifiesta su voluntad, es necesario al igual que el soporte en papel, que las declaraciones no estén viciadas⁴⁵. Para que quede más claro esto, el criterio de equivalencia funcional no intenta crear o definir que un documento electrónico es igual a uno contenido en papel, sino que intenta establecer las funciones básicas de los documentos contenidos en los medios tradicionales y a la vez pretende mejorarlas, para que de una forma u otra el documento electrónico goce del reconocimiento jurídico que es tan necesario en la actual coyuntura la cual es bastante influenciada por la tecnología.

12.2. Sistema de acuse de recibo

En cuanto al momento de perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos, se ha optado por realizar una operación técnica, la misma es definida como acuse de recibo.

El acuse de recibo es un sistema electrónico que puede ser activado en una computadora con la finalidad de permitir u ofrecer la facilidad que el remitente tome conocimiento del momento exacto en que su mensaje está siendo leído por el destinatario. El contrato se entenderá concluido cuando el remitente, reciba en su correo electrónico el acuse de recibo que le indique que su mensaje conteniendo la

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. COMERCIO ELECTRÓNICO. EDIT. TEMIS. Bogotá – Colombia

aceptación ha sido leído, y por tanto el oferente ha tomado conocimiento del mismo. Dicho mecanismo constituye un valioso mecanismo capaz de ofrecer seguridad jurídica a efecto de que ambas partes contratantes puedan tener plena certeza sobre el contrato realizado, dejando fuera la posibilidad de que terceras personas ajenas puedan interferir en cuanto al envío y recepción de datos.

Una vez tenidos en cuenta estos conceptos seguiremos desarrollando a rasgos generales la legislación internacional adoptada para posteriormente entablar la forma como se adopta el criterio de equivalencia funcional dentro de la legislación peruana, realizando la respectiva comparación con la ley modelo sobre comercio electrónico fijada por UNCITRAL.

XIII. NORMATIVIDAD EXISTENTE A NIVEL NACIONAL SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO:

El País no siendo ajeno a los cambios que se han venido mencionando, ha tenido que adaptarse al desarrollo que implica el manejo de información, es por ello que el legislador peruano teniendo dichos argumentos como punto de partida ha optado por establecer distintos dispositivos legales que tienen incidencia plena dentro del sistema de comercio electrónico los cuales vienen a ser:

- a) Ley de firma digital, ley modificatoria, reglamento de la ley, normas técnicas
- b) Ley que permite la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad

Siguiendo la línea del presente trabajo, lo que se hará es desarrollar cada una de estas normas y a la vez determinar si el criterio de equivalencia funcional sigue los estándares ofrecidos por CNUDMI, pues como se explicó anteriormente dichas disposiciones deben guardar plena correspondencia con la ley modelo sobre comercio electrónico de UNCITRAL, pues implica el desarrollo del temario con referencia a la adopción de dicho criterio y por consiguiente se hizo hincapié en los puntos

siguientes a efecto de lograr un mayor entendimiento de la institución sujeta a análisis.

- a) Validez y eficacia de las transacciones electrónicas.
- b) Momento y lugar del perfeccionamiento del contrato.
- c) Prueba de las declaraciones vía electrónica.
- d) Cumplimiento de las obligaciones vía electrónica.
- e) Derecho aplicable y jurisdicción competente en caso se presenten determinados conflictos en cuanto a la transmisión de datos electrónicos.

En el siguiente capítulo se realizará el análisis de la legislación existente que tiene incidencia directa sobre el comercio electrónico y se realizará el respectivo análisis de su contenido a efecto de lograr equiparar las mismas con la ley modelo sobre comercio electrónico, de forma específica en cuanto a si dichas normas adoptan de forma plena el criterio de equivalencia funcional.

CAPITULO IV

ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DENTRO DE LA LEGISLACION PERUANA INCIDENTE EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

XIV. CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DENTRO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

Luego de un exhaustivo análisis y comparación con normas de derecho extranjero y de los elementos que regulan y desarrollan los aspectos principales sobre el comercio electrónico en el marco jurídico nacional incidente en el comercio electrónico dentro de la cual se encuentra la legislación sobre firma digital y la legislación sobre manifestación de voluntad otorgada por soportes electrónicos, se pudo contrastar lo siguiente sobre la forma de adopción que presenta el criterio de equivalencia funcional ofrecido por la ley modelo sobre comercio electrónico dictada por UNCITRAL:

14.1. LEY N° 27269: LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES:

Tiene como fecha de implementación en el mes de mayo del año 2000. Se realizó un análisis sobre su contenido refiriéndome únicamente a la forma de adopción sobre el criterio de equivalencia funcional que guarda teniendo como referencia los parámetros exigidos por la ley modelo de comercio electrónico dictada por UNCITRAL con la finalidad de tener claro el panorama de acuerdo a si dicho criterio es adoptado de forma completa y de no ser así indicar las falencias que presenta una vez realizadas la diferenciación en cuanto a los sistemas de firma tradicional y firma digital.

14.2. Aspectos doctrinales sobre la firma:

La firma no es ajena a las variaciones expuestas y por ello ha sido paulatinamente reemplazada por lo que se denomina firma electrónica, por lo que se hace sumamente necesario conocer cuando estamos hablando de “firma” en sentido tradicional para hacer la respectiva diferenciación con firma electrónica, y de la misma forma señalar las funciones que cumple cada una dentro de la legislación tradicional y finalmente concluir si se siguen los lineamientos establecidos por UNCITRAL.

La firma es definida en la doctrina como el signo personal distintivo que permite informar acerca de la identidad del autor de un documento y manifestar su aprobación del contenido sobre determinado acto⁴⁶. Couture define a la firma como “trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad, y obligarse en lo que en ellos se dice”. De ambas definiciones se desprende que la firma guarda una función identificativa, pues se emplea para individualizar y tener plena certeza sobre la identidad del autor del documento, otra función que cumple es declarativa porque la persona que suscribe la misma, asume con total plenitud el contenido sobre determinado documento sobre el cual ha firmado, la firma es el signo principal que representa la voluntad de obligarse⁴⁷. La firma a la vez cumple una función de índole probatoria porque en determinados supuestos ofrece la facilidad de identificar a la persona que ha suscrito determinado documento, es decir nos da a conocer si la misma persona es la que ha manifestado su voluntad a través de la misma.

14.3. Elementos de la firma:

Son los elementos materiales de la firma y que guardan relación con el grafismo, pudiendo diferenciarse de forma clara dos, los cuales vienen a ser:

- a) Firma como signo personal: La firma se presenta como un signo distintivo y personal, pues debe provenir de la misma parte del firmante, lo cual acreditará su intencionalidad y adopción a los acuerdos del documento al cual se está subordinando, éste elemento puede ser reemplazado por los medios electrónicos.

⁴⁶ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO, Torres Álvarez Hernán, Fondo Editorial 2005, primera edición pp. 74

⁴⁷ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO, Torres Álvarez Hernán, Fondo Editorial 2005, primera edición pp. 75

b) **Animus Signandi:** Constituye el elemento intencional de la firma. Estableciendo en forma plena la voluntad de asumir en forma total el contenido de determinado documento⁴⁸.

14.4. Aspectos jurídicos de la firma:

De forma genérica la firma acredita de forma fehaciente la autoría del documento suscrito, representando de la misma forma el consentimiento y la aceptación de lo contenido dentro del mismo, constituyéndose como origen de los derechos y obligaciones que emanen de dicho documento⁴⁹.

La firma desde un punto de vista contractual, tendrá plena validez siempre que no sea falsificada o sea alterada con la utilización de cualquier medio, o no se haya obtenido mediante engaño, coacción o cualquier otro proceder ilícito.

14.5. Firma electrónica y firma digital:

Una vez entendido el concepto de firma y los principales caracteres que reviste, pasaremos a desarrollar uno de los principales puntos de análisis en el presente estudio, la cual lo viene a constituir la firma digital y la firma electrónica.

14.5.1. Aspectos doctrinarios sobre la firma electrónica:

Martínez Nadal define a la firma electrónica como: *“Aquel método basado en medios electrónicos utilizado o adaptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”*⁵⁰.

⁴⁸ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO, Torres Álvarez Hernán, Fondo Editorial 2005, primera edición pp. 76

⁴⁹ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO, Torres Álvarez Hernán, Fondo Editorial 2005, primera edición pp. 76

⁵⁰ MARTINEZ NADAL, Op.cit. pp.38

Otro concepto que nos da Zárate sobre la firma electrónica: “La firma electrónica es cualquier símbolo que utilicemos como identificador de una persona en un determinado documento que para su transmisión utilice medios electrónicos, lo cual se asimila a la firma tradicional. El nombre de una persona escrito al final de un documento o un símbolo que le identifique sería una firma electrónica⁵¹”.

14.6. Firma digital:

La firma digital constituye una especie de firma electrónica pues parte de un supuesto de elaboración y autenticación, pues la persona que la transmite debe hacer empleo de los medios electrónicos, la misma es resultado del proceso de aplicación de un método de encriptación, llamado asimétrico, o de clave pública, teniendo por objeto comprobar la identidad del remitente de un mensaje, la identidad del mensaje, y por último su autenticación, conteniendo un elemento adicional, al que se somete para su creación, es decir la criptografía asimétrica.

Según Cuervo: “Las firmas electrónicas o digitales consisten básicamente en la aplicación de algoritmos de encriptación a los datos; de ésta forma, solo serán reconocibles por el destinatario, el cual además podrá comprobar la identidad del remitente, la integridad del documento, la autoría y autenticación, preservando al mismo tiempo el carácter de confidencialidad”.

Ricardo Lorenzetti señala que la firma digital “es la transformación de un mensaje utilizando un sistema de cifrado asimétrico, de manera que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar de forma fiable si dicha transformación se hizo haciendo empleo adecuado de la clave privada correspondiente con la clave pública determinada por el firmante y si el mensaje ha sido alterado desde el momento en que se hizo la transformación”⁵².

⁵¹ ZÁRATE, Marta: “Caos digital: ¿firma electrónica o firma digital?”. [Http://www.derecho.com](http://www.derecho.com)

⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis: “Tratado de los contratos”. Buenos aires, Rubinzal - Culzoni editores, tomo III, 2000, p.844., Tomo III. Pp. 844

14.6.1. Naturaleza jurídica de la firma digital:

La firma digital por los elementos y funciones antes descritas tiene la naturaleza de un medio de identificación de la persona que la utiliza; vincula a la persona con los actos que declara en el mensaje firmado y como un medio de certificación de los mensajes que son enviados. La firma digital constituye un medio de seguridad cuya función probatoria permite la plena identificación de una persona y la autoría de un determinado mensaje, además de brindar la función de asegurar la integridad del mensaje electrónico o de datos.

Para que la firma digital cumpla con su función de medio de seguridad, será necesario que los datos de creación y de verificación sean seguros y a su vez ofrezcan a los usuarios el entorno adecuado en cuanto a posibilitar un aumento sustancial en cuanto a su utilización.

En el caso de la firma digital se permite la multiplicidad en cuanto a su utilización pues a diferencia de lo que ocurre cuando hablamos de una firma manuscrita, no puede variarse la misma sin haber seguido un procedimiento previo, en el caso de la firma digital dicha multiplicidad permite que cada una cumpla con diferente finalidad (debiendo determinarse de forma clara el uso específico de cada una de ellas previamente).

14.6.2. Características de la firma digital

- a) Permite la identificación del signatario, a esto se le denomina autoría electrónica.
- b) No puede ser generada más que por el emisor del documento, por lo que solamente el firmante se encuentra en la capacidad de su generación.
- c) Debe ofrecer la posibilidad de detectar la alteración de los mensajes.

d) La firma digital permite autenticar documentos. Por lo que debe resultar imposible alterar o falsificar el documento firmado o la propia firma que en dicho acto sea detectada.

14.6.3. Funciones de la firma digital:

La firma digital cumple las siguientes funciones:

a) **Función de evidencia:** Una firma identifica a un suscriptor con el documento firmado. Cuando el suscriptor realiza una marca distintiva, el escrito es atribuible al suscriptor. La función de evidencia impide que los mensajes enviados sean discriminados.

b) **Solemnidad:** El acto de firmar un documento hace que el suscriptor sea consciente de la formalidad que se requiere para que los efectos deseados surtan.

c) **Aprobación:** En determinadas situaciones se requerirá de la autorización del suscriptor en torno a que lo manifestado surta los efectos legales correspondientes, permitiendo una autenticación total y de esta forma cumplir las formalidades requeridas en torno a la finalidad que se persigue.

d) **Eficiencia:** La firma digital permite que los documentos suscritos sean fácilmente intercambiables al no ser necesario el traslado del documento físico, sino únicamente el envío del documento electrónico, lo cual implica mayor facilidad, rapidez y fluidez en cuanto al intercambio de documentos se refiere.

14.7. Mecanismo de funcionamiento de la firma digital

Se hace empleo de la criptografía como mecanismo de seguridad ante el traslado de datos, dependiendo sumamente del tipo de información que se maneje, dotando de

adecuados instrumentos de seguridad, los sistemas de criptografía a emplear pueden ser los siguientes:

- a) Criptografía clásica
- b) Sistema de sustitución
- c) Sistema de Transposición.

Los sistemas antes expuestos cumplen la función de dotar de mayor seguridad cuando se trata de una declaración de voluntad realizada por medios electrónicos con la finalidad de salvaguardar la información que contienen los mensajes de datos transmitidos dentro del espacio virtual, por lo que se deben seguir procedimientos específicos para dicha transmisión.

14.8. Análisis sobre la forma de adopción del criterio de equivalencia funcional:

La citada norma, en su primer artículo hace una reseña de los contenidos antes explicados, es decir enuncia de forma clara al criterio de equivalencia funcional, pues señala lo siguiente: “ **La presente ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad(...)**”, esto nos quiere decir que de una u otra forma el criterio de equivalencia funcional es adoptado, pues detalla de forma clara que no existirá ninguna clase de repudiación en torno a la firma electrónica, pero hay que tener cuidado, solamente menciona lo referido a ésta incluyendo a los mensajes de datos, pues dentro de la ley marco sobre comercio electrónico encontramos dentro de su artículo 5 lo referido al reconocimiento jurídico que se le otorga a los mensajes de datos siendo su contenido el siguiente: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

La ley modelo sobre comercio electrónico brinda dentro de su contenido lo siguiente referido al criterio de equivalencia funcional:

“No se niegan efectos jurídicos validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”, se ofrece reconocimiento y a la vez se otorga eficacia a los mismos y como consecuencia se dota de plena validez a los mensajes de datos siendo incluida la firma, por lo tanto existe correspondencia entre el ordenamiento internacional y el interno, pero con referencia solo a los caracteres y funciones que cumple la firma digital mas no ofrece mayores detalles sobre los mensajes de datos.

La ley modelo hace referencia a lo que se entiende por mensaje de datos adoptando un concepto más genérico en cuanto a la utilización que acarrea el criterio de equivalencia funcional pues enuncia un concepto más amplio sobre aquellos. Considero que la legislación peruana sobre la materia pretende adaptarse a las disposiciones antes enunciadas, pero no ha tomado en cuenta a cabalidad el contenido total sobre mensajes de datos más bien en lugar de eso solamente ha tomado como referencia lo correspondiente a las funciones que tiene la firma adoptándose de forma incompleta el criterio de equivalencia funcional, pues si por un lado se otorga la misma eficacia a la firma digital que a la firma manuscrita sobre mensajes de datos, estos últimos han sido regulados de forma parcial.

14.9. Rol que desempeñan las entidades de certificación: Garantizan seguridad jurídica

Siguiendo con los contenidos que desarrolla la legislación nacional sobre firma digital, es necesario hacer mención que el legislador peruano ha implementado un régimen capaz de garantizar seguridad al usuario contratante, dicho régimen se encuentra compuesto por las entidades de certificación las cuales son definidas de la siguiente forma: Las entidades de certificación tienen fundamento en cuanto al rol de seguridad, pues el problema en cuanto a la individualización del titular permanece latente, no ofreciéndose un sistema adecuado para los usuarios, por lo que se hace necesario un mecanismo de verificación que pueda adoptar las medidas necesarias en

este tipo de transacciones por medios electrónicos, es aquí donde hacen su aparición las entidades de certificación, también llamadas terceras partes de confianza, las cuales tienen como objetivo asociar a una persona determinada a una firma digital, para lograr dicha finalidad hacen empleo de los llamados certificados digitales⁵³. Las entidades de certificación tratan de vincular una clave pública a una particular para de esta forma tener exactas referencias en cuanto a la individualización de los sujetos intervinientes (transmisor y receptor de los mensajes de datos).

La función de certificación se vale de dos elementos: Uno de carácter subjetivo que se encuentra constituido por quienes realizan la actividad propia en cuanto a certificación se refiere; mientras que el elemento objetivo lo constituye los propios certificados digitales, dichos aspectos constituyen de por sí pleno mecanismo garante en cuanto a seguridad jurídica se refiere cuando se realicen envíos de datos a través de medios electrónicos.

Para Martínez Nadal, una entidad de certificación es cualquier entidad de confianza de las partes intervinientes en una transacción para proporcionar servicios de seguridad; aquella específica tercera parte de confianza que desempeña de forma fundamental la función de emisión de certificados se conoce, entre otras expresiones, como autoridad de certificación, entidad de certificación, proveedor o prestador de servicios de certificación o simplemente certificador⁵⁴. Otro concepto de entidad de certificación, según Ramos Suárez, es la tercera parte fiable que acredita la ligazón entre una determinada clave y su propietario real. Actúa como una especie de notario electrónico que extiende un certificado de claves el cual está firmado con su propia clave, para de esta forma garantizar la autenticidad de dicha información⁵⁵.

⁵³ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRONICO, Torres Álvarez Hernán, Fondo Editorial 2005, primera edición pp. 109

⁵⁴ MARTINEZ NADAL, ob. Cit., pp 78

⁵⁵ RAMOS SUÁREZ, Fernando. "Cómo aplicar la nueva normativa sobre firma electrónica". En <<http://www.vlex.com>>

De estas definiciones ofrecidas puede desprenderse que una entidad de certificación digital dota de validez, cumpliendo a la vez una función de identificación de acuerdo a los mensajes de datos enviados por los usuarios.

14.10. Características de las entidades de certificación

a) Medio de seguridad jurídica: Los sujetos participantes las emplean, como se explicó anteriormente como unidades que dotan de plena validez las operaciones de comercio electrónico, garantizando la identidad de las partes.

b) Certifican la identidad de quien interviene en una operación de comercio electrónico: Realizan una labor de autenticación en cuanto a la firma electrónica empleada por los usuarios participantes. Barzallo⁵⁶ indica que una de las principales limitaciones que presenta la firma electrónica en el actual acontecer es la autenticidad de la identificación representada en la firma electrónica, ya que los bits que llegan con la misma no guardan relación propia con las claves del firmante, por lo que resulta sumamente dificultoso asegurar la identidad del titular de una firma digital únicamente con su clave pública.

De las definiciones antes expuestas podemos inferir que las entidades de certificación cumplen una función de carácter público, pues se encargan de verificar la identidad de una persona frente a cualquier tercero que tenga intenciones de vincularse jurídicamente con la misma, determinando la certificación un efecto vinculante para el titular de la firma digital que sea certificada.

14.11. Principales funciones de las entidades de certificación:

Principalmente, garantizar el criterio de equivalencia funcional de los mensajes electrónicos de datos frente a los documentos tradicionales en soporte de papel. Las

⁵⁶ BARZALLO, José Luis. "Los terceros de confianza en el comercio electrónico" En http://vlex.com/redi/No._33_Abril_del_2001/8.

propias entidades de certificación mantienen determinados registros cronológicos en la transmisión y en la recepción de los mensajes de datos, agregando además que dichas entidades cumplen una función de identificación en cuanto a emisores y receptores de datos se refiere, por lo que dicha función permite la celebración de un acto de comercio llevado a cabo por medio de firma digital. Como funciones adicionales se encargan de dotar de mayor confianza a los usuarios el marco del desarrollo de relaciones comerciales haciendo empleo de medios electrónicos, pues una vez obtenida la debida acreditación por parte de estas entidades tendrán plena validez jurídica y vincularán a sus titulares, dotando de exigibilidad a dichas relaciones de carácter comercial, por lo que cuando se aumente la utilización de los medios electrónicos, es factible incentivar las transacciones de este tipo.

Consideramos que el legislador peruano realiza una correcta labor al regular dichas instituciones pues dentro de los contenidos fijados por la ley modelo sobre comercio electrónico, no se llegan a desarrollar los aspectos referidos al rol que desempeña la seguridad jurídica en cuanto al intercambio electrónico de datos, por lo tanto la legislación peruana en cuanto a dichas materias ofrece al usuario contratante diversos mecanismos que ofrecen mayor seguridad cuando de contratar usando medios electrónicos se trata.

XV. ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DENTRO DE LA LEY N° 27291: LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 141 DEL CODIGO CIVIL PERMITIENDO LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LA COMUNICACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y LA UTILIZACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA:

Tiene como fecha de promulgación veintitrés de junio del año dos mil. Desprendiéndose de su contenido el cual taxativamente prescribe:

Manifestación de voluntad: *“La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que exista manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”*.

Como puede desprenderse del contenido de la norma, el legislador ha optado por regular u adoptar los sistemas de contratación a distancia⁵⁷. Dicha adopción corresponde no solo a los criterios emitidos por las entidades internacionales sobre la materia, sino que de manera propiamente dicha ante el avance de las nuevas tecnologías, se hace de imperiosa necesidad establecerlo así. En un primer momento se puso en tela de juicio si dicha implementación en cuanto a la utilización de medios electrónicos en cuanto a supuestos de contratación se encontraban dentro de los supuestos regulados por el ordenamiento nacional y de no ser así deberíamos estar ante una posible reestructuración de lo que viene a ser el contrato pues la contratación no es solo nacional sino mundial además de adoptar el carácter de globalizada, siendo sumamente necesario analizar los presupuestos sobre los que guarda su fundamentación la teoría general del contrato y determinar si se encuentran dentro de sus alcances los nuevos supuestos en cuanto a la manifestación de voluntad se refiere, o por el contrario si resultan insuficientes, ya que de ser así resultaría necesario reformar la legislación existente para facilitar el libre intercambio de bienes y servicios a través de internet. De esta forma se viene presentando un panorama que modifica de forma estructural el contenido del contrato.

15.1. El consentimiento dentro los contratos celebrados a través de medios electrónicos

⁵⁷ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “Comercio electrónico”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia 2003

Antes que nada cabe mencionar que para que exista contrato se requieren de distintos elementos: La capacidad de los contratantes, el consentimiento, el objeto tanto física como jurídicamente posible, la finalidad lícita y de corresponder la formalidad (*ad solemnitatem*) prescrito por la ley bajo sanción de nulidad.

Refiriéndome al consentimiento, es el elemento fundamental del contrato porque determina su existencia, siendo prioritaria su confluencia para la configuración del mismo porque determina la coincidencia de aceptación con la oferta. La doctrina en cuanto a los supuestos de contratación electrónica enuncia a los contratos entre ausentes y presentes, en el caso de que medie distancia física entre los sujetos contratantes. Dichos contratos son los que generan complejidad cuando nos damos cuenta que en internet no existe un contratante plenamente individualizado, pues existe una despersonalización de ambas partes, además de existir una especie de desgeografización en cuanto a su ubicación, en los supuestos de contratación electrónica existe el inconveniente de cuando se entiende recibida la oferta y la aceptación por parte de la contraparte, dificultad que no se presenta cuando se realizan contratos haciendo empleo de los medios tradicionales pues la interacción por ser de carácter físico y entre personas presentes no da lugar al paso de algún intervalo de tiempo y por ende se perfecciona de forma inmediata.

Ante este sistema se creó el denominado acuse de recibo, el cual como implemento tecnológico que puede ser activado de forma automática en el caso de los correos electrónicos, posibilita determinar con exactitud cuando un mensaje de datos conteniendo determinada oferta o una aceptación se encuentra siendo ofrecido y por ende conocido por el destinatario con lo que opera la presunción de conocimiento que exige el ordenamiento jurídico nacional (art. 1374 del c.c.) Teniendo como resultado el perfeccionamiento del contrato, quedando claro que el sistema de acuse de recibo debe establecer de manera indubitable que el mensaje se encuentra en la posibilidad de ser conocido de forma plena por el destinatario dentro de determinado servidor (segundo párrafo del artículo 1374 del código civil), dicha presunción opera *iuris tantum*.

Habiendo realizado la revisión de la legislación existente en cuanto a la adopción de los parámetros fijados por la ley modelo sobre comercio electrónico dictada por CNUDMI, puedo mencionar que el articulado correspondiente a la manifestación de voluntad emitida a través de medios electrónicos se encuentra en creciente desarrollo pues el comercio electrónico si bien es cierto ha tenido gran auge en los últimos años, no ha tenido gran acogida por poseemos autonomía privada, deberíamos optar por parte de los usuarios pues no se han ofrecido programas que permitan dotar de la confianza adecuada y plenos conocimientos sobre las formas de utilizar a internet como intermediaria dentro las relaciones patrimoniales. Creemos que si bien es cierto todos nuevos mecanismos que faciliten la contratación y por ende dotar de programas que brinden información plena y clara a la población sobre esta alternativa ofrecida, pues se ofrece celeridad, economía y sobre todo mayores facilidades en cuanto a la adaptación existente que debe hacerse.

En cuanto al criterio de equivalencia funcional establecido por UNCITRAL, considero que se han seguido de forma correcta los lineamientos establecidos por los organismos internacionales pues de la revisión del contenido de dicha normatividad, se evidencia que se desarrollan los criterios referidos en torno a la manifestación de voluntad haciendo empleo de los medios electrónicos, por lo que dicho criterio implica no una prevalencia de los mensajes de datos contenidos en soportes electrónicos sobre los contenidos en los medios tradicionales sino que otorga a ambos la misma validez en cuanto a su utilización y mérito probatorio siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento nacional. Considero que la finalidad que guarda el contenido de la legislación antes citada mantiene un rol orientador dirigido a que los usuarios utilicen los mecanismos innovadores al realizar sus transacciones, además el estado debe adoptar un rol protector, pues en el caso de utilizar dichos medios en un inicio la totalidad de usuarios desconfiaban en dichos sistemas, pues consideraban que su información se encuentra al alcance de cualquier persona, por lo que de ofrecerse una regulación más acorde al actual acontecer dentro de la sociedad globalizada.

La legislación sobre manifestación de voluntad a través de medios electrónicos pasa por alto algo que se ha desarrollado en la legislación sobre firma digital, pues en ésta última se desarrollan entidades que garantizan seguridad entre las partes contratantes, siendo la situación distinta en la presente normatividad, debiendo establecerse dentro de que supuestos debemos encontrarnos para fijar formas que garanticen las transacciones realizadas a través de medios electrónicos. Más que la seguridad en Internet, el problema principal es la inseguridad, debido a que en buena parte este fenómeno fue dejado al mutuo respeto y al honor de los usuarios, así como a la buena fe en las transacciones comerciales. La seguridad mínima en Internet se basa fundamentalmente en la identificación del usuario y una palabra o clave de acceso, debiendo reunir caracteres determinados

15.2. Seguridad jurídica dentro del comercio electrónico

La seguridad jurídica dentro del sistema del comercio electrónico tiene como finalidad asegurar que los sujetos participantes de una operación de comercio electrónico tengan plena certeza en cuanto a la consecución de los fines que persigan al llevar a cabo una operación haciendo empleo de los mecanismos o medios electrónicos⁵⁸ en lugar de los medios tradicionales. Para el pleno desarrollo de un entorno de seguridad jurídica deben presentarse los siguientes elementos:

a) Identidad de las partes:

Si estamos en la posibilidad de poder individualizar a ambas partes dentro de las transacciones realizadas por medios electrónicos, nos hacemos una idea clara del sujeto que se encuentra en la obligación de ejecutar determinada prestación a favor de una de las partes contratantes.

⁵⁸ EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. Torres Álvarez Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú 2005. P.P 280.

b) Integridad y confidencialidad de los mensajes transmitidos por medio de la red:

Ambas partes contratantes tienen pleno conocimiento en cuanto a las obligaciones contraídas además de tener plena confianza en torno a que su información no se encuentra al alcance de terceros que podrían causarles determinados perjuicios.

15.3. Caracteres de la seguridad jurídica:

Las principales características del sistema de seguridad jurídica vienen a ser las siguientes:

a) Tiene como una de sus funciones otorgar un nivel adecuado de seguridad al sistema de transmisión de datos por medios electrónicos, el cual debe ser aceptado por el usuario, debiendo permitir un desarrollo escalonado sobre las instituciones que guarda. No estamos hablando de un sistema seguro al cien por ciento pues en la actualidad no existe alguno que brinde de forma total las garantías adecuadas, es por eso que debemos hablar de un entorno “aceptable”. Maltese indica que: “Efectuar compras seguras en un cien por ciento no existe en la actualidad, al igual que en la vida real, pero el avance científico nos va permitiendo aproximar a cada vez más a un concepto óptimo de seguridad”⁵⁹.

b) Se encuentra vinculado de forma directa con el desarrollo tecnológico pues los elementos que lo componen se encuentran adaptados a las actuales tecnologías.

c) Dicho sistema puede emplearse a totalidad en cualquier parte del mundo, por ende no existen barreras que se le impongan a los usuarios en cuanto al acceso al sistema de cifrado y envío de datos.

⁵⁹ MALTESE, Mariano. “El pago electrónico en Argentina”. En [http:// www.vlex.ar/cn/Derecho.Informatico/12](http://www.vlex.ar/cn/Derecho.Informatico/12).

15.3.1. Función que cumple el sistema de seguridad jurídica:

La única y principal función que cumple el sistema de seguridad jurídica en lo que a comercio electrónico se refiere viene a ser la de dotar de seguridad aceptable u razonable y brindar un entorno adecuado a los usuarios capaz de otorgarles los mecanismos adecuados para de esta forma generar un ambiente adecuado que ofrezca la confianza suficiente para que el empleo de los medios electrónicos se vea aumentada. A su vez existen distintas funciones que cumple dicho sistema como lo es la referida a la vinculación de los sujetos cuyo objetivo es solucionar el problema en cuanto a la repudiación de los mensajes que se transmiten en la red, ofrece la posibilidad de exigir una obligación a una persona, razón por la que se debe identificar en un primer momento, pues no se puede plantear la exigibilidad en una determinada obligación a una persona que no la contrajo, posteriormente debe identificarse los términos en los que el usuario se obligó para exigir determinada prestación, por lo que dicha vinculación de los sujetos se logra aplicando las funciones de identificación de los sujetos e identificación de los mensajes de datos. La efectiva determinación de la autoría de un mensaje de datos y de su contenido, resuelve el problema en cuanto a la integridad de los mensajes que se transmiten por medio de Internet. La posibilidad de garantizar que el contenido de un mensaje sea revelado sólo al destinatario y, por lo tanto, conocido de manera exclusiva por éste último, sin que terceros no autorizados puedan acceder a dicha información, resuelve el problema de la confidencialidad de los mensajes.

Ante la descripción en cuanto a la falencia que otorga la legislación que permite la manifestación de voluntad a través de medios electrónicos sobre seguridad jurídica, y sobre el contenido que guarda se puede inferir lo siguiente:

- a) La legislación peruana que permite la manifestación de voluntad a través de medios electrónicos ofrece a los usuarios contratantes la posibilidad de emplear soportes electrónicos en cuanto se trate de supuestos de contratación a distancia, pero a la vez no hace mención sobre los efectos y validez que tienen dichos contratos por lo que el criterio de equivalencia funcional es adoptado de forma incompleta.

b) La seguridad jurídica es necesaria de implementar en la normatividad antes propuesta, pues la legislación sobre firma digital presenta a las entidades de certificación, se hace necesaria una entidad que verifique y se encargue de dotar de niveles de seguridad adecuada a los contratos celebrados a distancia haciendo empleo de soportes electrónicos.

XVI. ROL QUE DESEMPEÑA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS SUPUESTOS SOBRE CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS:

El carácter internacional de las relaciones jurídicas que se entretengan por esta vía, conduce a reflexionar acerca del tratamiento jurídico más conveniente para su regulación. No descartamos la importancia de contar con fuentes nacionales, empero, la necesidad de contar con un marco jurídico de origen convencional no plantea debate frente al imparable avance de estas tecnologías. Sobre todo destacar la relevancia de la internacionalidad del comercio electrónico, conduce a plantear que la metodología adecuada consiste en eliminar la disparidad legislativa de los ordenamientos nacionales y sus efectos.

El derecho internacional privado es una disciplina que tiene poca historia, o para ser más precisos, una historia breve. Se puede encontrar un remoto antecedente en el *ius gentium* de los romanos, que tiene cierta, aunque mínima similitud, con lo que hoy conocemos como DIPR. Un antecedente importante es la glosa de *acursio*, del año 1200 aproximadamente, donde un juez de Módena aplica el derecho boloñés, siendo el primer caso conocido en el cual un juez aplica un derecho que no es el propio. En 1850 podemos establecer como hito la aparición de Savigny introduciendo ya el derecho internacional privado, a partir de su concepción del derecho.

Se ha creído conveniente desarrollar este acápite debido a que dado el carácter internacional inherente al comercio electrónico, la disciplina jurídica llamada a

intervenir es el derecho internacional privado en tanto le compete regular las situaciones jurídicas de naturaleza privada con elementos extranjeros referidos a:

- a) Normas aplicables respecto a ordenamientos jurídicos extranjeros.
- b) Competencia jurisdiccional
- c) Prueba de las declaraciones vía electrónica
- d) Cumplimiento de obligaciones vía electrónica.

A partir de ésta premisa el marco jurídico idóneo, sea en función de la certeza que reconoce, sea por su contribución a favorecer el desarrollo del comercio internacional, es la regulación generada en los foros de codificación internacional de Derecho. En esta línea resulta altamente positivo el papel desempeñado por la CNUDMI, sin desconocer por cierto, la actitud asumida en otras instituciones y organismos internacionales que han incluido el comercio electrónico en sus agendas.

16.1. Tratamiento ofrecido por legislación Nacional

La norma jurídica del derecho internacional privado en el Perú, se encuentra comprendida en el libro X del código civil. Este Libro X está estructurado en cuatro títulos: el título I disposiciones generales. Título II, competencia jurisdiccional, título III, ley aplicable. Título IV reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros.

De forma breve se explicará en que consiste el derecho internacional privado, pues una vez dejado en claro su contenido se ofrecerá una mejor equiparación sobre los contratos realizados de manera tradicional y aquellos en donde se han empleado medios electrónicos para su perfeccionamiento.

Las relaciones jurídicas objeto del derecho internacional privado, no se desarrollan dentro de un sólo ordenamiento jurídico, dentro de un derecho interno, dentro de un

mismo o único sistema jurídico, sino por el contrario las relaciones jurídicas objeto del derecho internacional privado son relaciones que trascienden las fronteras de los estados, los límites territoriales de éstos y esas relaciones jurídicas se van a vincular con distintos sistemas jurídicos o dicho de otra manera con una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Debe tratarse esta regulación pues comprendemos que las acciones, pueden establecerse de manera muy fácil entre dos sujetos que se encuentran en lugares sumamente lejanos, y al hacerse esta aclaración en cuanto a la equiparación que ofrece la legislación nacional en caso se presenten supuestos en los cuales se interpongan determinadas acciones legales contra aquella parte que incumple determinado contrato con la legislación internacional sobre comercio electrónico pues por el carácter que reviste supera las fronteras entre estados.

16.2. El factor de conexión en el derecho internacional privado

Es el elemento que permite la remisión a otro ordenamiento jurídico y por ende la aplicación del derecho extranjero. Es el nexo entre la relación jurídica privada internacional y el derecho llamado a regirla. Su importancia reside en designar el derecho aplicable y consiste en una circunstancia de hecho o jurídica que se concreta o individualiza de acuerdo a las particularidades de la relación planteada. Son puntos de conexión: el domicilio, la residencia habitual, la nacionalidad etc.

16.3. Normas de conflicto dentro del derecho internacional privado

La estructura de la norma de conflicto es la misma que la de cualquier norma jurídica, esto es: Supuesto y consecuencia jurídica. Sin embargo lo que diferencia a la norma de conflicto con la norma jurídica es que en la norma de conflicto nunca el supuesto es de hecho, el supuesto sólo puede ser de derecho (concepto jurídico) en consecuencia no existe el supuesto de hecho en la norma de conflicto y la consecuencia jurídica no es la solución directa al supuesto contenido en la norma, sino consiste en la remisión a un ordenamiento jurídico que se va aplicar empleando para ello un factor de conexión (ejemplo ley del domicilio). Nuestro sistema de

normas de conflicto está regulado en el título III del libro X del Código Civil. Dentro de los contratos que se realizan fuera del territorio nacional, ocasiona que cualquiera de ellas se va a encontrar con obligaciones de diversa índole, además la interdependencia cada vez más creciente de las relaciones comerciales exige la formalización de los acuerdos a través de los llamados contratos, protocolos y convenios. Actualmente existen diversos organismos internacionales que sugieren e interpretan las reglas de los contratos, cuando no se trata de resolver los conflictos y litigios entre las partes teniendo aceptación las reglas contractuales de vasta aplicación concernientes al comercio, y no solamente en materia contractual, como lo viene a ser la cámara de comercio internacional de París, la cual busca ofrecer balance sobre los productores, distribuidores y consumidores a los que me he referido anteriormente, establece reglas para cuestiones monetarias, tarifas aduaneras, instrucciones sobre productos en venta, todo ello con la finalidad de evitar que surjan rechazos en la adquisición de bienes y servicios y de la misma forma atenuar los efectos que producen. Los países reconocen con más frecuencia la rapidez que ofrece un sistema de comercio internacional y los nuevos mecanismos en lo que se refiere a contratación, pues ya se reconoce su existencia dentro de las sociedades mercantiles, no dejando de lado que los particulares no se encuentran impedidos de contratar superando los límites fronterizos.

16.4. Limitaciones en torno a la adopción del criterio de equivalencia funcional dentro de la normatividad jurídico peruana sobre comercio electrónico

Como es conocido, el estado es soberano y posee autoridad suprema sobre las personas y actos que se realizan dentro de su territorio al imponer determinadas reglas y pautas para todas las actividades, teniendo autoridad absoluta dentro de la toma de decisiones en el acontecer económico y social del territorio. Como consecuencia de dicha soberanía, el estado puede promulgar determinadas reglas que regulen las transacciones comerciales que se celebren y ejecuten dentro de su territorio y de la misma forma puede adoptar la política de comercio exterior que crea conveniente, es

por ello que se hace hincapié en este tema porque nuestro sistema jurídico, pese a ostentar la legislación correspondiente en materia contractual, contiene disposiciones distintas a las que nos ofrecen los ordenamientos jurídicos extranjeros como es el caso del common law, a lo que quiero llegar es que tanto los sistemas y sub – sistemas que se encuentran fijados posibilitan que las instituciones jurídicas sean desconocidas o no sean entendidas a plenitud, lo que exige actuar con discreción y habilidad para instrumentar las cláusulas dentro de un determinado contrato pues el fin mediato que guardan es el de otorgar protección a las partes contratantes siguiendo el criterio de interpretación contenido dentro del art. 169 del código civil peruano.

Dentro del campo de los mensajes electrónicos se ha ido generando a partir de interpretaciones equivocadas en la doctrina, dando paso a una cultura adversa a lo que se entiende por equivalencia funcional y a la dinámica que caracteriza a las relaciones comerciales. El factor determinante de éste fenómeno fue la manera confusa de cómo se introdujo el concepto firma digital en nuestra legislación y la aparente preferencia del legislador por éste método de identificación cuando determinó que tendría la misma fuerza y efectos que una firma manuscrita además de cumplir con las funciones básicas para identificar a quien suscribe un documento el mismo que debe contar con la debida aprobación, nunca podría equipararse a la firma autógrafa. Es en esta línea de ideas que ante la posibilidad que nos ofrece el sistema peruano sobre comercio electrónico, no existe una mención expresa sobre los efectos y validez que guarda el criterio de equivalencia funcional teniendo como punto de partida la ley modelo sobre comercio electrónico, evidenciándose las falencias que presenta a nivel de derecho comparado.

16.5. Aspectos complementarios en cuanto a los supuestos de contratación electrónica

Dentro de los aspectos que complementan al criterio de equivalencia funcional, podemos enunciar en primer lugar las etapas por las que atraviesa dicha forma de

contratación inter particulares, siendo la siguiente una descripción de los pasos a seguir cuando se presenta o se hace empleo de la contratación utilizando medios electrónicos, en dicho modelo se ejemplifica una operación de compraventa de mercadería.

1. Etapa de contratación electrónica entre el comerciante y el consumidor. La misma consta de ocho fases:

Fase 1: El comerciante, ofrece el producto a su potencial consumidor, solicita a la entidad de certificación del cliente su clave pública para remitirle su oferta de venta.

Fase 2: La Entidad de certificación envía al comerciante la clave pública del consumidor, o cliente como quiera llamársele.

Fase 3: El comerciante elabora el mensaje autenticado que contiene su oferta de venta.

Fase 4: El comerciante envía por la red el mensaje autenticado de cliente.

Fase 5: El consumidor recibe el mensaje autenticado y solicita a la entidad de certificación la clave pública del comerciante para recibir el mensaje autenticado.

Fase 6: La entidad de certificación remite al consumidor la clave pública del comerciante.

Fase 7: El consumidor recibe el mensaje autenticado.

Fase 8: El cliente envía por Internet la aceptación de la oferta formulada por el comercio, para lo cual elabora el mensaje autenticado que contiene su aceptación. Una vez que el comerciante haya recibido el mensaje autenticado, llevará a cabo el

proceso de recepción del mensaje, no siendo necesaria la solicitud de la clave pública, porque son de conocimiento de ambas partes.

Eso con respecto al modelo básico en cuanto a un modelo de transacción por medios electrónicos.

Dentro de la funcionalidad de los mensajes de datos, hoy en día los mismos cumplen un rol fundamental, pues como se había establecido anteriormente reducen de forma considerable los costos de transacción que acarrearán los contratos celebrados de forma tradicional. Por lo que se hace necesaria una revisión de la legislación existente, pues se hace sumamente necesario adecuarse a los parámetros que nos va ofreciendo la coyuntura actual.

16.6. Funciones complementarias que cumple el criterio de equivalencia funcional dentro de la legislación peruana sobre comercio electrónico

La actual etapa del comercio electrónico es en alguna medida, aún algo incierta. Es en función de cómo lleven adelante las empresas el desafío de crear un valor en virtud de su presencia en la red en calidad de proveedora de bienes y servicios, y de la estrategia a utilizar para ir adaptándose a los parámetros de los constantes cambios, aunque sin perder de vista que las mutaciones se producen a una velocidad que supera toda previsión.

La evaluación de los resultados, en orden a la efectividad del criterio se vincula con el número de transacciones efectivamente realizadas y no solamente con la contabilización del ingreso de visitantes.

En lo que respecta a su utilidad al no considerar la existencia sobre determinadas diferencias que se presentan en torno a la diferenciación que puede darse entre los documentos que se encuentran en los soportes tradicionales con respecto a los que se encuentran dentro de soportes electrónicos, hay que mencionar que desde un punto de vista económico una de las funciones a resaltar sobre el empleo de dicho criterio es la celeridad y la propia economía la cual va a favorecer a los usuarios que hacen empleo de la misma, pues ambos cumplen la misma función tanto el documento tradicional como el documento electrónico cuyo empleo radica en reproducir una cierta manifestación material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes magnéticos de todo tipo⁶⁰. Es por ello que se puede resumir al mismo como: “Si un mensaje de datos cumple con los mismos objetivos y tiene las mismas funciones que un medio tradicional o físico de transmisión de información, dicho mensaje tendrá los mismos efectos jurídicos que dicho medio físico”. Este criterio no solamente aporta en cuanto a reducción significativa de costos de transacción, sino que como se ha venido tratando de ofrecer a los usuarios condiciones favorables y adecuadas en cuanto se trata de minimizar riesgos y dotar de un mayor sistema de seguridad jurídica a los mismos, pues de hacerse más extenso el empleo de los medios electrónicos, podemos estar hablando de mejores y eficientes sistemas de contratación al ser facilitadora de interrelacionar a usuarios que se encuentran dentro de espacios físicos totalmente distantes.

⁶⁰ PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL COMERCIO ELECTRONICO. Torres Torres Ana Jasmin, Getafe. Enero de 2009

CAPITULO V

CONTRASTACION DE HIPÓTESIS

En el presente capítulo, el cual concluye con la presente investigación, se esquematiza toda la labor realizada, con referencia a la contrastación de la hipótesis planteada, con la finalidad de ofrecer un mejor entendimiento de los postulados antes planteados.

Dentro del desarrollo de este capítulo deberá recordarse que se ha estado trabajando con una sola hipótesis avocándonos al adecuado estudio y verificación para su posterior contrastación, cuyo contenido a tenor es el siguiente:

XVII. LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO ADOPTA DE FORMA INCOMPLETA EL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL, LO QUE ORIGINA INADECUADA IMPLEMENTACIÓN DE LO CONTENIDO DENTRO DE LOS PRINCIPIOS DICTADOS POR LA LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRONICO DESARROLLADA POR UNCITRAL.

Al haber tratado los contenidos fijados dentro de la ley modelo sobre comercio electrónico, dentro de la cual se encuentra contenido el criterio de equivalencia funcional y al analizar la legislación peruana, como lo vienen a ser tanto las normas sobre manifestación de voluntad realizada a través de medios electrónicos y la correspondiente sobre firma digital y certificados digitales, se pudo apreciar lo siguiente:

17.1. Alcances del criterio de Equivalencia Funcional dentro de la Legislación sobre manifestación de voluntad a través de medios electrónicos (Ley 27291):

Del contenido y análisis de la citada norma podemos concluir lo siguiente:

Dentro de la legislación peruana se intenta adaptar los alcances e influencia que tiene la tecnología dentro del plano jurídico, he ahí la ratio legis de la norma sobre que permite la utilización de medios electrónicos para manifestar la voluntad y utilización de firma electrónica la cual se encuentra en proceso de adaptación en cuanto a los parámetros dictados por la ley modelo sobre comercio electrónico tratando de suplir las deficiencias de los actuales sistemas de contratación efectuando la respectiva adaptación dentro de los lineamientos que se requiere.

17.2. LA LEGISLACION NACIONAL SOBRE COMERCIO ELECTRONICO RECONOCE AL CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL PERO NO EN SU TOTALIDAD LO QUE GENERA SU INCOMPLETA ADOPCION.

Del análisis efectuado sobre la forma de adopción que tiene el criterio de equivalencia funcional dentro de la normatividad peruana sobre comercio electrónico, éste criterio dentro de la legislación que permite la utilización de medios electrónicos para la manifestación de voluntad, luego de haber efectuado la respectiva comparación con los parámetros ofrecidos por la ley modelo sobre comercio electrónico establecida por UNCITRAL, si bien es cierto permite a los usuarios manifestar su voluntad a través de medios electrónicos, aprobándose la contratación entre ausentes y al desarrollarse los contenidos sobre oferta y aceptación en caso sean transmitidas a través de medios electrónicos con el respectivo sistema de acuse de recibo, adopta de forma incompleta el mismo pues no encontramos dentro de la norma mención alguna en cuanto a los efectos y validez que ostentan los contratos suscritos a través de soportes electrónicos respecto de aquellos que son celebrados utilizando soportes físicos, pues solamente se enuncia los medios por los cuales la manifestación de voluntad puede ser expresada mas no los efectos que tienen. Por tanto, los supuestos regulados dentro de la ley modelo sobre comercio electrónico en cuanto a manifestación de voluntad, se vienen implementando de forma escalonada porque no existe pronunciamiento sobre los efectos y validez de los contratos perfeccionados a través de medios electrónicos, además de no existir plena certeza u conocimiento por parte de los usuarios sobre la utilización de dichos recursos cuando deseen realizar transacciones que por barreras físicas y económicas no puedan ser realizadas de forma plena.

Dentro de la legislación sobre firmas y certificados digitales, habiendo realizado el respectivo análisis con los contenidos establecidos por la ley modelo sobre comercio electrónico, ofrece plena adopción del criterio de equivalencia funcional porque en la comparación que realiza sobre firmas manuscritas y firmas digitales enuncia de forma taxativa que se les otorga a ambas la misma validez y eficacia que a la firma tradicional, teniendo como única diferencia el soporte dentro del cual se encuentran,

es a partir de este punto que la firma manuscrita, si bien es cierto cumple determinadas funciones, la firma digital también las cumple pero teniendo un valor agregado como lo es el de las entidades de certificación, las cuales ofrecen a los usuarios mayor seguridad en cuanto a los caracteres de identificación de la otra parte. Por tanto la firma digital dentro del comercio electrónico tal como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento normativo, debe ser entendida como aquel punto que puede ser equiparado a la firma manuscrita como instituto dentro de la teoría contractual y al indicar que cumple igual función al ser equiparada con la firma manuscrita, el criterio de equivalencia funcional se encuentra completamente implementado, lo que nos lleva a ser conducentes estableciendo que la firma digital es un instrumento dotado de mecanismos superiores en cuanto a caracteres de seguridad jurídica se refiere. Es por ello que considero que los mecanismos que tiene la firma digital superan de forma considerable a la firma convencional y por ende no se realiza una adecuada valoración de la misma pues como se puede notar los usuarios al no tener pleno conocimiento sobre las ventajas que acarrea este nuevo sistema aún siguen empleando los mecanismos usuales de contratación. Consecuentemente ambas normas deben ser analizadas en cuanto a su contenido pues si se llegara a fijar con mayor detalle el rol que desempeñan actualmente los medios electrónicos, los usuarios optarían por hacer uso de estos mecanismos, y tener la plena certeza que en caso exista o surja determinado conflicto, se puede recurrir a las disposiciones sobre derecho internacional privado. En conclusión, el criterio de equivalencia funcional dentro de la legislación peruana sobre comercio es adoptado de forma incompleta, por lo que debe adecuarse y ofrecerse mayor conocimiento a los usuarios sobre el mismo. Otro punto a tratar en cuanto a la contratación de hipótesis lo constituye fundamentalmente el empleo que se le puede otorgar a los mensajes de datos con respecto a los documentos sobre soportes físicos que son utilizados comúnmente por los usuarios tanto para elaborar contratos como para ser usados como prueba dentro de un proceso judicial. Si tomamos como referencia a la ley modelo sobre comercio electrónico y citamos el articulado correspondiente la equivalencia funcional de los mensajes de datos, podemos inferir que los documentos que consten en soportes electrónicos, tienen los mismos atributos y pueden cumplir la

finalidad del documento que conste sobre soportes físicos, no existiendo por tanto discriminación en cuanto al uso que pueda dársele a los mensajes de datos, pues como quedó establecido anteriormente lo que busca dicho criterio es intentar equiparar los efectos de la documentación que conste en soportes electrónicos con respecto a la que se encuentra dentro de soportes físicos, teniendo plena manifestación la autonomía privada. Entonces habrá que entender al criterio de equivalencia funcional de una manera más amplia como usuarios consumidores pues siempre buscamos el mayor beneficio a menores costos de transacción. Entonces si deseamos celebrar contratos con personas que por barreras físicas y términos de distancia no pueden ser realizados de forma presencial debemos optar por hacer empleo de estas nuevas formas de contratación porque constituyen la adaptación de nuestros usuales mecanismos a una sociedad que vale la pena recordar se encuentra en constante variación y desarrollo.

17.3. Implementación escalonada del criterio de equivalencia funcional:

La equivalencia funcional implica que los actos electrónicos poseen el mismo valor que los actos consignados en papel, debiendo reconocerse los mismos efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria y probatoria a ambos. Así queda consignado en los artículos 5, 6.1) y 9.2) de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. Dicho criterio con las pautas anteriormente establecidas, en mi opinión se viene implementando de forma escalonada porque la norma desarrolla este contenido, pues nos ofrece los parámetros adecuados en cuanto a seguridad, identificación y formalidad que deben ser aplicados cuando de contratación se habla, y más aún cuando se hace empleo de la tecnología. Añadiendo que mientras más se avance con la tecnología habrá que realizar determinados diagnósticos sobre las normas que actualmente se encuentran en vigencia y por ende fijarse programas de capacitación a los usuarios en los que se ofrezcan detalles sobre los beneficios que acarrea estos nuevos métodos de contratación a distancia, teniendo como consecuencia la reducción del tráfico en cuanto a la utilización de soportes físicos insertándonos en los mercados de nueva economía.

108

XVIII. CONCLUSIONES

1. El criterio de equivalencia funcional es el principal sustento del comercio electrónico, pues tiene como objeto ofrecer mecanismos que mejoran el tráfico jurídico de bienes y servicios a través de soportes posibilitando la contratación a distancia.
2. La naturaleza jurídica del criterio de equivalencia funcional básicamente consiste en ofrecer mecanismos de equiparación entre los documentos que constan sobre soportes físicos con referencia a los que se encuentran sobre soportes electrónicos.
3. La forma de adopción del criterio de equivalencia funcional dentro de la normatividad peruana sobre comercio electrónico es incompleta pues si bien es cierto se permite la utilización de medios electrónicos no ofrece mayor detalle sobre la validez y efectos de los mismos, presentando limitaciones en cuanto al contenido regulado dentro de la ley modelo sobre comercio electrónico .

18.1. RECOMENDACIONES

1. Debido a la implementación que presenta el criterio de equivalencia funcional en nuestro ordenamiento jurídico nacional, es recomendable delimitar criterios fijados por la legislación internacional, específicamente sobre los efectos que guarda el documento electrónico, pues su finalidad es equiparar su validez y eficacia con la información que conste sobre soportes físicos.
2. Al permitir nuestro ordenamiento jurídico plena adopción del criterio de equivalencia funcional en materia contractual, es recomendable impartir y delimitar doctrina jurídica que exprese los supuestos de empleo de mensajes de datos en cuanto a contratación se refiere, y, debido a que los costos de transacción son reducidos de forma considerable, se debe indicar que dichos mecanismos constituyen el sistema a seguir a futuro.
3. A raíz de la ley modelo sobre comercio electrónico, considero que el legislador peruano ha pretendido adaptar las disposiciones contenidas en la misma, más aún debe verificarse con minuciosidad el criterio de equivalencia funcional en cuanto a la elaboración de futuros proyectos legislativos que tengan como fundamento el comercio electrónico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencias físicas:

SALVADOR MERCADO H. "Metodología De La Investigación", Tomo I, México D.F – 2004, Ed. Limusa S.A, Tercera Edición, p.p 339.

Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado, y Pilar Baptista Lucio. 2003. *Metodología de la Investigación*. Tercera Edición. Editorial Mc Graw Hill/ Interamericana Editores S.A. Distrito Federal: México.

XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMÁTICA, SERIE DE MEMORIAS Y DEBATES, Tomo I, Quito Ecuador – Diciembre de 2012.

Martínez Pichardo, José. 1998. *Lineamientos para la Investigación Jurídica*. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México.

LORENZETTI, Ricardo Luis. "Comercio Electrónico", Tomo I, Bogotá Colombia – 2003, Ed. TEMIS, 1ra Edición. Pp. 870.

TORRES ALVAREZ, Hernán. "El sistema de Seguridad Jurídica en el Comercio Electrónico", Lima Perú-2005, Fondo Editorial. PP. 273

TORRES TORRES, Ana Yasmin. "Principios Fundamentales del Comercio Electrónico y su Desarrollo Legislativo". Pp.29-46.

TORRES VASQUEZ, Aníbal. "Acto Jurídico". Tomo II. Gaceta Jurídica.

GARCIA MORENO, Pascual. "Derecho Internacional Privado". Tomo I. Ed. Nava – Cia.

CÓDIGO CIVIL PERUANO COMENTADO "Derecho Internacional Privado". Tomo X. Gaceta Jurídica.

DIEZ PICAZO, LUIS. "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial". Las relaciones obligatorias. 5° Edición. Madrid – España.

VASQUEZ OLIVEIRA, SALVADOR. "Derecho de Obligaciones". Ed. Adrus. Primera Edición Mayo – 2004.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General". Tomos I, II y III. Edit. Palestra, Lima. Primera Ed.

CASTILLO FREYRE, Mario "Tratado de la Teoría General de los Contratos". Tomo I. 1ra. Ed. Fondo Editorial de la PUCP; Lima – Perú. Año 2002.

MESSINEO, FRANCESCO. "Doctrina General del Contrato". ARA. Editores, 1era. Edic, Lima 2007.

OSTERLING PARODI, FELIPE, 1994. "Tratado de las obligaciones". Lima. Fondo Editorial PUCP.

Referencias Virtuales

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico»). Extraído el 16 de Abril de 2014, disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/l24204_es.html.

BERMEJO, Guillermo Díaz. 2012. *Comercio Electrónico – Una realidad Internacional*. Extraído el 14 de Abril de 2014, disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-resoluci%C3%B3n-internacional-de-controversias-en-el-comercio-electr%C3%B3nico>.

Cuestiones Relativas al estudio del Derecho Internacional Privado, disponible en: http://www.espinosaabogados.es/pdf/derecho_hispano_francoes.pdf.

TORRES TORRES, Ana Yasmín. 2009. *“Principios Fundamentales del Comercio Electrónico”*. Extraído el 12 de Marzo de 2014, disponible en: http://190.216.132.131:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001347569.

Jurisprudencia Extranjera:

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá-Colombia 2010. Extraído el 23 de marzo de 2014, disponible en: <http://www.viejoprograma.gobiernoonline.gov.co/apc-aa/files/1fa9c7f62e35ae1525fb41a567c666b6/ConceptoNotificacion.pdf>.