

CAPITULO IV

ALCANCES DE LA LEGISLACION PERUANA Y COMPARADA EN EL COMERCIO ELECTRONICO

4. ASPECTOS GENERALES DEL COMERCIO ELECTRONICO EN EL DERECHO

Frente al mundo virtual es necesario que la normatividad, contenidas en Códigos y normas específicas del comercio tradicional, se adapte a esta nueva realidad, para su regulación, teniendo en cuenta la tendencia a la desregulación de la información, elemento base del comercio electrónico.

En principio en el Perú, el Código de Comercio no detalla el concepto jurídico de comercio, en forma clara sólo precisa que es una operación y una profesión mercantil, como *un acto y habitual de comercio*¹¹⁹. En su Art. 3 parte de la presunción *que existirá presunción legal del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciará por circulares, periódicos, carteles, rótulos, o de otro modo cualquiera en establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.*

Hoy en día no estamos regidos ante un mundo de átomos, sino, ante un mundo de bits, creándose un mundo virtual, paralelo al mundo real, generando la

¹¹⁹ Ministerio de Justicia, Código de Comercio, Sistema Peruano de Información Jurídica, SPIJ año 2001

ciberlegislación que es una legislación global; lo que significa según NEGROPONTE Nicolás,¹²⁰ *ser digital y por ende una ley nacional no tiene cabida en la ciberlegislación.*

La desmaterialización del derecho, es decir, las consecuencias sobrevivientes de la aparición de la informática en forma casi omnipresente en la vida cotidiana, y la diferencias existentes entre el mundo analógico o material y el mundo digital y/o desmaterializado, donde la manifestación más importante de la desmaterialización es Internet, por el incesante intercambio de información a través del correo electrónico, páginas web, banners de publicidad, entre otros, generan conflictos, los cuales son parte de las relaciones humanas y surgen en las distintas situaciones de la vida diaria a través de la red.

No existiendo límites fronterizos en Internet y parece una quimera para el derecho intentar establecerlos, requiriendo soluciones más elaboradas que las existentes.

Un ejemplo es el Poder Judicial peruano, quien no puede intervenir fácilmente como órgano de solución de conflictos en Internet, por los problemas de jurisdicción y competencia, debiéndose basarse en una nueva lógica de justicia diferente al resto de los conflictos existentes.

Las condiciones para que la economía y el comercio se desarrollen armónicamente es la existencia de instancias legales donde los agentes puedan dirimir sus conflictos de intereses. De esa forma es posible crear un ambiente de confianza que garantice el cumplimiento de los compromisos de las partes, al igual que el comercio tradicional a través de la negociación, conciliación, arbitraje, entre otros mecanismos que el derecho telemático deberá desarrollar.

Esta nueva forma de contacto para hablar, acordar, negociar, de servicios y/o adquisición de bienes a través de Internet, hace que las normas legales tradicionales no sean del todo aplicables a esta nueva forma de comercio; por lo que es necesario buscar que el derecho informático y telemático desarrollen criterios y postulados jurídicos, a fin de hacerlos aplicables a aspectos que deben ser considerados al momento de hablar sobre comercio electrónico.

¹²⁰ MENDOZA LUNA Amílcar Adolfo, El Cibertribunal Peruano como Medio Efectivo de Resolución de Conflictos. Pág. vista abril del 2001.

Por ejemplo, en el comercio tradicional estamos acostumbrados, o damos por ciertas las identidades de las partes involucradas, nos dirigimos a un local comercial y compramos un bien; lo veo, lo reviso y si cumple con las características que estoy buscando lo compro. ¿Qué duda puede haber respecto a quién es el vendedor? si estamos viendo el letrero de identificación del local comercial, y, acto seguido, recibimos una boleta con el nombre impreso del local comercial en ella.

No ocurre igual en el comercio electrónico, donde sólo tenemos como referencia la información que aparece en nuestra pantalla. A diferencia de lo anterior, en el comercio electrónico estoy obligado a confiar en la información, que respecto del bien, es entregada o proporcionada por el proveedor.

Es por lo anterior que creemos que ciertos aspectos legales, en relación al comercio electrónico, deben ser revisados y, si es necesario, modificados y complementados para crear un marco jurídico para la contratación electrónica y en especial para el comercio electrónico, teniendo por objetivo el análisis de los aspectos¹²¹, como la validez de la contratación electrónica, formación del consentimiento, tribunal competente y legislación aplicable.

Un segundo punto sería una legislación integral y específica en cuanto, protección del consumidor virtual, mediante el análisis de los derechos y obligaciones de los agentes que intervienen en el comercio electrónico como los proveedores de servicios, bienes, los consumidores, y la protección de los datos de carácter personal de los consumidores; y, por último, protección penal, en especial a través de la tipificación del fraude informático como una particularidad de los delitos informáticos ya regulado.

¹²¹MAGLIONA MARKOVICHT, Claudio Paúl., LÓPEZ MEDEL Macarena (Cmagliona@carey.cl) Delincuencia y Fraude Informático, Derecho Comparado y Ley N°19.233”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999; REDI; página vista Mayo del 2001.

4.1. LA LEGISLACION PERUANA SOBRE COMERCIO ELECTRONICO

El Perú tiene un sistema de Libre Mercado, por lo que es necesario contribuir a una regulación uniforme del mercado electrónico, a fin de establecer reglas claras que no se conviertan en obstáculos para su uso; para lo cual se han dado una serie de cambios y modificaciones por intermedio de la Comisión de Códigos en nuestro país.

Estos principios jurídicos parten desde nuestra Constitución Política del Estado en su Art. 58, que precisa el *Estado orienta el desarrollo del país, y principalmente las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*, por lo que resulta necesario dar un marco legal adecuado que permita el desarrollo de las distintas empresas a través de una forma de acceder al mercado. Debido al proceso de globalización de la economía que se viene dando a nivel mundial, el acceso a los mercados a través de medios electrónicos se presenta como una necesidad en toda empresa y actividad productiva, grande o pequeña, para poder competir.

De igual manera, el Art. 59 de la Constitución establece que el Estado *estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria*. El artículo en mención precisa que el Estado *brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido promueve la pequeña empresa en todas sus modalidades*.

Estos principios se ajustan a la ventaja que ofrece el comercio electrónico, debido a que permite que la oferta llegue a los consumidores potenciales libres de los diferentes países de origen, en armonía con el Art. 61 de la Constitución, que también precisa que el Estado *facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas*. Por lo tanto, es de interés general que el Estado promueva los mercados, para lo cual la legislación peruana debe regular la promoción de mercados internos competitivos que puedan integrarse a la economía mundial y generar un crecimiento económico para el país.

El Derecho constitucional de Habeas Data y sus modificaciones Ley 26470, referido a las garantías constitucionales y la Ley 26301 referido a la aplicación de la acción constitucional del Habeas Data.

Por el creciente avance de recepción y desarrollo de tecnologías en nuestro país, se ha visto por conveniente regular las materias tecnológicas e informáticas, partiendo del Decreto Supremo 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones¹²², publicada el 06 de mayo de 1993, considerando en sus Disposiciones Generales a las telecomunicaciones *como vehículo de pacificación y desarrollo y de interés general la modernización y el desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia, la inviolabilidad al secreto de las telecomunicaciones, fomentando la libre competencia, con participación de los usuarios de servicios de telecomunicaciones.*

Mediante la dación del Decreto Supremo N-005-98-MTC. en marzo de 1998, se modifican una serie de dispositivos, del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones¹²³ *incorporando el servicio multimedia*, servicios de informática y servicios audiovisuales, convergentes en un sistema, una banda o un dispositivo, *con fines de negocio*, seguridad, entretenimiento.

De igual manera, como consecuencia del cambio constante de las tecnologías, se han dado modificaciones al Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones,¹²⁴ mediante el Decreto Supremo N-011-98-MTC, el mismo que restringe la autorización o concesión de servicios,

Aspecto importante que permite la renovación de tecnologías, como la dación de la ley 27267, Ley de Centros de Innovación Tecnológica, se busca que implementar los Centros de Innovaciones Tecnológicas CITEs, las mismas que pueden ser públicas y privadas, que tiene el propósito de promover la innovación, calidad y productividad.

El Decreto Ley 25868, sobre la protección jurídica del Software.

La Firma del Acuerdo Multilateral sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionadas con el Comercio, en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) Contendida en el Acta Final de la Ronda de Uruguay, suscrita en Marrakech Marruecos, aprobada por la Resolución Legislativa 26407 del Congreso el 11 de enero de 1995.

¹²²DIARIO OFICIAL EL PERUANO, Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones Separata de Normas Legales, Lima 06/05/93 pág. 114640.

¹²³DIARIO OFICIAL EL PERUANO, Modifican Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Separata de Normas Legales, Lima 26/03/98, pág. 158445

La Decisión 351 Régimen Común Sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos Capítulo VIII (de los programas de ordenador y base de datos).

Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi Decreto Supremo 01-94, Registro de Software o soporte lógico de ordenador u obras creadas para ordenador generadas mediante programas de ordenador incorporadas en soportes magnéticos u otros objetos, materiales análogos.

El Decreto Legislativo 768 Código Procesal Título VIII Medios Probatorios Capítulo V Documentos, Artículos 233 y 234 documentos informáticos, electrónicos, digitales y análogos.

El Decreto Ley 681. Que regula lo relacionado sobre los archivos informáticos, ampliada por el Decreto Legislativo 827 que tiene por finalidad regular el uso de las tecnologías avanzadas en materia de archivos de documentos electrónicos, a fin de darle valor legal a los archivos conservados en microformas, por procedimientos de micrograbación, microfilmación, con el objeto de ahorrar espacio y costo para las empresas.

La Ley de Firmas y Certificados Digitales N 27269, y su reglamento D.S. 019-2002-JUS, que tienen como objeto el de otorgarle validez y eficacia jurídica al uso de firmas electrónicas y digitales análogas a la firma manuscrita que conlleve manifestación de voluntad.

La Ley N 27291, que regula la manifestación de voluntad a través de medios electrónicos validando el uso de soportes electrónicos en los actos jurídicos, Art. 141-A, así como la oferta y aceptación a través de soportes electrónicos, Art. 1374 del Código Civil, que facilita en parte el comercio electrónico.

La Promulgación de la Ley 27310, que modifica el Art. 11 de la Ley 27269 Ley de Firmas y Certificados, donde se le da validez legal y eficacia a los certificados emitidos por entidades extranjeras, siempre que sean reconocidas por la Autoridad Administrativa Competente.

¹²⁴DIARIO OFICIAL EL PERUANO, Modifican Artículos del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Lima 26/03/98, pág. 163028

La Ley 27429 de Notificación mediante Correo Electrónico, la misma que modifica el Art. 163 del Código Procesal Civil, teniendo por válido la notificación a través del correo electrónico.

El D.S. 24-2002-JUS, que modifica el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales D.S. 19-2002-JUS, en los extremos del concepto de intermediario, intermediación digital, Tercero Neutral, la adición de un párrafo al Art. 7 del Reglamento sobre firmas electrónicas.

Por último la Ley 27309 de Los Delitos Informáticos, que reprime punitivamente el ingreso indebido a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma para diseñar, ejecutar, alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o prestación de servicios comunitarios.

En caso de dañar o destruir información la pena es de tres años privativa de libertad, cuando la información es privilegiada y obtenida en función a su cargo, la pena privativa de libertad es de cinco a siete años, o cuando el agente pone en peligro la seguridad nacional. No son reprimibles, los hurtos, entre cónyuges, concubinos ascendientes descendientes afines en línea recta etc.

4.2. LA LEGISLACION COMPARADA SOBRE COMERCIO ELECTRONICO

Estados Unidos y los países europeos han dado origen al mercado electrónico, dando un nuevo enfoque jurídico a los principios tradicionales que regula el comercio tradicional, con participación de las Naciones Unidas.

El Derecho comunitario europeo, en su Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo,¹²⁵ ha propuesto y está regulando determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el

¹²⁵Plaza Penadés, Javier España: La Contratación Electrónica en el Anteproyecto español de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de 21 de enero de 2000, publicaciones, derecho. org/ redi/ página vista Junio del 2001.

mercado, en la Directiva sobre el comercio electrónico acordada el 8 de junio del año 2000.

En ella se regulan los aspectos esenciales y generales del comercio electrónico en general y de la contratación electrónica en particular, sus disposiciones que, sin lugar a dudas, han servido para promover y armonizar dicha materia en los distintos Estados miembros, acordándose estar incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los países comunitarios antes del 17 de enero del 2002.

La Directiva del comercio electrónico, votada y acordada, no afecta ni deroga a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales en general, ni a ninguna normativa sectorial de los países miembros sobre contratación, como pudiera ser, por ejemplo, los derechos de los consumidores, sino que se superpone a ellas; por lo que la Directiva de comercio electrónico no tiene ni puede tener como efecto el de privar al consumidor de la protección que le confieren las normas imperativas relativas a las obligaciones contractuales.

El Convenio de Roma regula aspectos sobre la ley aplicable en la normativa internacional en materia de obligaciones contractuales; al comercio electrónico desde el 19 de junio de 1980, en cuanto a los contratos celebrados con consumidores que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o servicios, el criterio general¹²⁶ *es la aplicación del Derecho del lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual y sin que en ningún caso las normas del consumidor de carácter imperativo puedan resultar inaplicadas.*

El Reglamento CE N 44/2001, del Consejo, del 22 de diciembre de 2000, trata lo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil para los países Europeos,¹²⁷ donde se encuentran los criterios para determinar la jurisdicción competente en el e-commerce en el ámbito de la Unión Europea.

La Directiva 97/7/ce del Parlamento Europeo del Consejo de fecha /20/05/1997. relativo a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, establecer y consolidar el mercado europeo y transfronterizo, a través de normas mínimas que aproximen las legislaciones de los estados miembros, entre consumidor,

¹²⁶ Plaza Penadés, Javier, ob. cit. Vista junio del 2001

¹²⁷ ibidem

proveedor y técnicas de comunicación, aplicación de las normas, sistema de reclamaciones.

Volviendo al Reglamento CE N 44/2001, con relación al comercio electrónico especial, se establece la protección de la parte contractual más débil, teniendo carácter general que la acción entablada por el consumidor contra otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliada dicha parte.

Con respecto al consumidor, la otra parte sólo podrá interponer acción civil ante los Tribunales del Estado miembro en que estuviese domiciliado el consumidor, aplicando el criterio de la residencia habitual del consumidor para determinar tanto la ley aplicable como el Tribunal competente.

La legislación europea regula al comercio electrónico con carácter general¹²⁸. Resulta de aplicación la normativa de la Firma electrónica, cuya finalidad es dar seguridad a las transacciones, electrónicas garantizando la confidencialidad e integridad del mensaje y de los pagos *on line*, así como la identificación y no repudio del mensaje por su autor y por su destinatario.

La normativa de protección de la intimidad de las personas, especialmente con respecto al tratamiento de datos de carácter personal, y la normativa nacional e internacional de protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, donde destaca la Directiva de 12 de abril de 2001, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, que incorpora los Tratados OMPI del 12 y el 20 de diciembre de 1996.

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un Marco Comunitario para la Firma Electrónica, se busca el reconocimiento jurídico de la firma electrónica por los estados miembros, se define la firma electrónica, se aborda el acceso al mercado de servicios de certificación, se enuncia el principio del mercado interior, se enuncian los efectos de la firma electrónica, la responsabilidad en cuanto a la firma, se ven aspectos internacionales de los certificados expedidos por extranjeros.

¹²⁸ Plaza Penadés, Javier, ob. cit. Vista junio del 2001

De otra parte, junto con la normativa europea de comercio electrónico contenida en su Directiva 31/2000/CE, de comercio electrónico, destaca¹²⁹ en el ámbito internacional, la normativa promovida por la Organización Mundial del Comercio, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la CNUDMI, la cual ha promulgado la Resolución 51/162 de la Asamblea general de 16 de diciembre 1996, donde se contiene la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, con la adición del Art. 5 *bis* en la forma aprobada en 1998.

Quedando incluida en su estudio, el objetivo de ser un marco de referencia para aquellos Estados que quieran desarrollar una normativa clara, eficaz y homogénea en el ámbito del comercio electrónico, aspectos jurídicos que deberá tomar en cuenta la región y nuestra legislación para su regulación con el derecho comparado.

Existiendo propuestas para su regulación extra fronteras, como la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco común para la firma electrónica [COM(1998) 297 final], publicada en el DOCE el 23 de octubre de 1998, el Borrador final de la ley de firma digital, aprobada por el gabinete federal y remitida a la cámara baja del parlamento federal ("Bundesrat") por el Primer Ministro Helmut Kohl, el 20 de diciembre de 1996, el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece un marco común para la firma electrónica» (1999/C 93/06)

La Ley Modelo de la Comisión de las naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) 2001 Sobre Firmas Electrónicas¹³⁰, su ámbito de aplicación es completaría no deroga ninguna norma jurídica destinada a proteger al consumidor, define el concepto de firma electrónica, el certificado, los mensajes de datos, por firmante, por prestador de servicios, parte que confía, cumplimiento y requisitos de la firma, proceder del firmante, del prestador de servicio, fiabilidad, reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras.

En el caso de España¹³¹, en particular se rige por el famoso Convenio de Bruselas, sobre competencia y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968.

¹²⁹ Plaza Penadés, Javier, ob. cit. Vista junio del 2001

¹³⁰ IASONI, Marie, Comercio Electrónico, Editorial Portocarrero, 1era. Edición, Lima 2002, pág. 381.

¹³¹ *ibidem*

Que en cuanto a equivalencia de la normativa europea con la estadounidense¹³², contenida en la *Digital Millennium Copyright Act* del 8 de octubre de 1998, donde no sólo se realiza la incorporación de los preceptos de los referidos tratados, en especial las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y las relativas a la información sobre la gestión de derechos, sino que también se regula en el ámbito de las infracciones a los derechos de autor y derechos afines, la responsabilidad de los intermediarios (*on line service providers* y *Internet access providers*) por *mere conduit*, *caching*, *hosting* e *hyperlinks* o cualquier otro direccionamiento.

La normativa europea, ha diferencia de la estadounidense, a prescindido la regulación de la protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, contenida en la Directiva del 9 de abril.

La Directiva 31/2000, sobre comercio electrónico, y que se concreta básicamente en la regulación de la responsabilidad civil de los intermediarios, ya que a Internet le es aplicable el bloque normativo de la normativa de responsabilidad civil, incluida la normativa de responsabilidad civil derivada del delito, especialmente por daños derivados de los ilícitos penales, consistentes en la introducción de virus o por acceder, a través del ordenador, a otros ordenadores sin consentimiento del titular o a sitios de acceso no autorizados.

En este extremo, la normativa norteamericana es más amplia que la europea, al incluir la responsabilidad por *hipervínculos*; aunque la normativa europea tiene en sus previsiones incorporar una responsabilidad similar.

En Latinoamérica también se han dado avances sobre el tema. Se utilizaron como herramientas base para la propuesta el Decreto N 427 del 16 de abril de 1998, por el cual se aprueba la infraestructura de Firma Digital para el Sector Público Nacional de Argentina, Proyecto de Código Civil y Comercial - Decreto 685/95 (Argentina).

Existiendo en Argentina el Anteproyecto la Ley de Regulación de las Comunicaciones Comerciales Publicitarias por Correo Electrónico, el Senado y la Honorable Cámara de Diputados está en estudio de el anteproyecto, que consta de 16 artículos, regulando como novedad, el correo electrónico comercial, correo electrónico no solicitado, campo del asunto, el *Bulletin Board electrónico* (comprende a todo foro de discusión conferencial virtual)

¹³² ibidem

El Proyecto de Ley No. 227 de Abril 21 de 1998, por medio del cual se define y Reglamenta el Acceso y Uso del Comercio Electrónico (Colombia).