

El Comercio electrónico: Nueva Lex Mercatoria del Comercio Internacional

CRISTIAN L. CALDERÓN RODRÍGUEZ

Abogado PUCP. Socio del Estudio Guzman-Barron,
Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.
Especialista en Comercio Internacional y Aduanas.

"Hasta el punto de que se tiene este derecho como de gran autoridad, porque fue precisamente tan aprobado que no fue necesario ponerlo por escrito"

(PAUL. 7 SAB). (DIGESTO)

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día nadie puede discutir que la información (que cobra mayor valor cuando se traslada a terceros) es uno de los pilares más sólidos de nuestra sociedad post industrial. Estamos en el portal de la era digital, donde la telecomunicación cumple un rol importante en nuestras vidas.

Este cambio no es de la última década, sino que empezó a gestarse a finales de los años 50. Ya en el año 1986, Luis Diez Picazo nos decía que:

*"La sociedad posindustrial, puede ser llamada sociedad de la información, porque esta organizada en torno de la información y a la utilización de la información y organiza, básicamente flujos de conocimientos"*¹.

El avance de la sociedad de la información se acrecenta gracias a la aparición del Internet y su utilización para fines comerciales², ello ha acelerado los cambios que hoy todos conocemos. En un artículo

anterior, hacemos referencia a los cambios que sufriría el sistema jurídico civilista ante los cambios de la era digital.

Por ejemplo el concepto de domicilio o residencia se ve alterado por el concepto de domicilio virtual, o la aplicación de conceptos de propiedad intelectual al tema de nombres de dominio, cuando los nombres de dominio no son signos distintivos, sino una forma de identificación en el espacio.

Con la aparición del comercio electrónico, se piensa que estamos ante una nueva forma de comercio distinta a las ya existentes, mientras que otros piensan que es lo mismo. Personalmente nos hemos preguntado si el comercio electrónico es una modalidad del comercio internacional o si el comercio internacional será absorbido por el comercio electrónico.

Es por ello, que el presente artículo pretende aproximarse al tema del comercio internacional electrónico y definir si es posible encontrar alguna normatividad o si es necesario crear una normatividad. No preten-

¹ Diez Picazo, Luis " Cambio social y evolución jurídica en la sociedad de la información", publicado en Revista de Derecho Industrial. De Palma, Buenos Aires, ene-abr 1986, pag 30-45.

² No debemos olvidar que en Internet aparece en U.S.A que su uso era para fines militares y reservado para ciertos miembros de seguridad de U.S.A y luego el proyecto fue trasladado a profesores de la Universidad de USA. Es a partir de los 90 que se da un uso comercial.

demos absolver interrogantes, sino mas bien plantear inquietudes o dudas acerca del comercio electronico.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se entiende por comercio internacional, dentro de sus múltiples acepciones, aquella operación pactada entre dos sujetos situados en distintos territorios políticos mediante la cual un bien o servicio se traslada de la esfera de dominio de un sujeto hacia la esfera de dominio de otro sujeto. La operación más importante del comercio internacional es la compraventa internacional de mercaderías donde el bien se traslada cruzando fronteras, previo paso por aduanas. El Derecho del Comercio Internacional es la disciplina o rama del derecho que tiene por objeto las transacciones internacionales.

Muchos autores han discutido respecto a la ubicación del Derecho del Comercio internacional dentro de alguna disciplina del Derecho. En un principio se consideraba como parte del Derecho Internacional Privado; posteriormente se entendió como parte del Derecho Mercantil. Actualmente la regulación política de Comercio Internacional es objeto de estudio del Derecho internacional económico mientras que la regulación privada del Comercio Internacional se encuentra dentro del Derecho Mercantil.

De otro lado, confluye en este analisis el propio Derecho Informático, como aquella disciplina que tiene por objeto de estudio la informática y sus implicancias jurídicas en una sociedad moderna³. El Derecho informático como el derecho del comercio internacional ha cambiado a lo largo de su existencia solo que en un menor tiempo, claro está.

En el derecho informático podemos distinguir tres etapas claras, la primera es obviamente la aparición de la

computadora. La segunda etapa es la aparición de las computadoras personales en la década de los 80 y el tercer gran cambio es con la aparición del Internet. Para algunos especialistas⁴, como Peñaranda el derecho informático es una rama autónoma del Derecho. Para otros autores, el derecho informático todavía no es autónomo, personalmente opinamos que el derecho informático tendrá que diluirse dentro de las distintas disciplinas jurídicas modificando las bases del sistema romano germanico.

Es así que hoy en día se habla de derecho penal informático o el derecho administrativo informático, por citar un ejemplo.

Pues bien, el Comercio Internacional no escapa del Derecho informático ni de las nuevas tecnologías de la información, en nuestra legislación desde el año 1996, Aduanas reconoce la validez jurídica de los mensajes electrónicos permitiendo la facilitación del despacho aduanero de mercancías. Es mas hoy en día el despacho aduanero es electronico, desde la solicitud hasta el pago electronico de los tributos.

Ya en el año 1997, la Cámara de comercio internacional con sede en Paris empezó a trabajar en el entonces llamado proyecto Bolero (para usarlo en reemplazo del conocimiento de embarque), realidad que hoy día podemos utilizar, ya que es una gran plataforma de servicios para el Comercio Internacional. En dicha plataforma se pueden celebrar contratos internacionales de compraventa, transporte de mercaderías, cartas de crédito, con absoluta seguridad para las partes.

En junio de este año, la misma Cámara de Comercio Internacional ha comenzado a recopilar los usos y costumbres en las transacciones económicas internacionales, denominando a estas reglas, como las reglas URETS⁵. La finalidad es recoger la costumbre y

³ Julio Nuñez. Derecho Informático. Marsol Perú Editores. Lima 1996.

⁴ Los mas renombrados especialistas en Derecho informático, los podemos encontrar en www.derecho.org, quienes publican la Revista Electronica de Derecho Informático -R.E.D.I.

⁵ URETS: Uniform Rules for Electronic trade and Settlement - Doc ECP 37. Propuesto por el grupo de trabajo de practicas de comercio electronico de la ICC.

uniformizar los contratos electrónicos, actualmente ya se ha distribuido el primer borrador. Finalmente el uso cada vez más intenso del Internet como ofertante de servicios y como mecanismo de perfeccionamiento de contratos, nos conduce a una definición sobre las variantes jurídicas que en el Comercio Internacional se están dando.

Con la utilización de las herramientas del Internet, podemos hablar que solo es un cambio físico en las operaciones? o es la absorción del comercio internacional en el comercio electrónico?, o estamos ante el cambio en los usos y costumbres internacionales y porque no en la Lex Mercatoria del Comercio Internacional? .

Quizás otro aspecto de mayor relevancia es la modificación de algunos aspectos sustantivos del comercio Internacional. Como sabemos, una de las características de una operación de comercio internacional, es la ubicación de las partes en distintos territorios políticos; así como el envío de las mercaderías y/o servicios de un territorio a otro distinto. Se piensa que, con la aplicación de las nuevas tecnologías tenemos que ambos requisitos pueden variarse y podríamos calificar una operación de comercio internacional sin que se verifique el cumplimiento de ambos requisitos.

Algunas personas se habrán percatado que algunos dominios en Internet acaban en “.pe” o “.es” lo cual significa que la persona se encuentra situada virtualmente en Perú o en España respectivamente, ello es así debido al lugar que han escogido para obtener su identificación en el mundo internet⁶.

Ahora, desde el Perú es posible obtener un dominio o una dirección electrónica en otro país, dependiendo del lugar donde se obtenga el dominio, en ese caso el domicilio real sería diferente al domicilio virtual, por ejemplo el grueso de operaciones de comercio electrónico que se realizan en el mundo son compraventas locales, toda vez que, la mayoría de ofertantes de pro-

ductos en la web se encuentran domiciliados virtualmente en los EE.UU., y la mayoría de internautas consumidores de productos también se encuentran domiciliados virtualmente en dicho país; en consecuencia es más que probable que la operación sería entre dos personas domiciliadas en el mismo país. Si a ello le sumamos el pago a través de una tarjeta de crédito internacional, es casi seguro que la operación bancaria se registre en un banco norteamericano con lo cual el pago sería local. En cuanto al envío de la mercadería, si el producto es un software no será necesaria la contratación de medio de transporte alguno ni el paso a través de fronteras, además el software será recibido en una dirección electrónica que para el caso citado sería en los Estados Unidos.

Para las personas domiciliadas física y virtualmente en el Perú, tenemos que las transacciones electrónicas pueden ser domésticas o internacionales, dependiendo de la dirección del ofertante y del tipo de la mercadería sujeta a transacción. Imaginémonos pues la compra de software a través de Internet y la compra un cuadro de una galería ubicada en Nueva York, en el primer caso estamos ante una operación netamente virtual donde la celebración del contrato y la ejecución, es decir, el envío del bien es a través de procedimientos informáticos, obviamente muchos autores lo calificarían como un caso típico de comercio electrónico. En el segundo supuesto estamos ante una contratación electrónica que involucra una ejecución física de la misma, es decir, la obra de arte tendrá que ser embalada y enviada por un medio de transporte, quizás aéreo y declarada ante las aduanas de origen y de destino. Entonces, en este segundo supuesto ¿la operación es propia del comercio electrónico o del comercio internacional? , o ¿ambas contrataciones son propias del comercio electrónico o del comercio internacional? .

Finalmente queremos precisar que el envío de bienes intangibles a través de la red no es como el envío de mercadería a través del courier o similar. Técnica-

⁶ Ver reglas sobre políticas de asignación y registro de nombres de dominio de la ICANN.

mente el software se envía al espacio y es el comprador quien lo recupera desde el espacio⁷.

III. ALGUNOS CAMINOS A CONSIDERAR

Lo explicado en el punto anterior nos invita a reflexionar sobre los avances de la informática en todas las áreas del derecho, similares modificaciones están sucediendo en el ámbito del derecho administrativo, y en el derecho penal; por tanto debemos ser cautelosos en aceptar alguna autonomía del derecho informático, o más bien pensar en una irradiación del derecho informático a todas las áreas del derecho que obliga a modificar sus instituciones básicas.

Quizás el aspecto de mayor modificación es el comercio tradicional el cual ha sufrido diversas modificaciones desde su propio nacimiento, un hecho que cambió la historia del comercio internacional es la aparición de la moneda. Recordemos en que en el Antiguo Perú no existía dicho concepto, pero igualmente se realizaban transacciones internacionales con otras culturas prehispánicas, según los historiadores, el molusco *spondylus* era comercializado con las culturas del Ecuador, mientras que el lapizlazuli era comercializado con culturas del actual territorio chileno.

Luego de la aparición de la moneda, otro cambio significativo fue la aparición del papel billete, y hoy en día el uso de las telecomunicaciones también ha afectado el comercio. En ese sentido, el uso de herramientas electrónicas utilizadas en reemplazo de los documentos no implican un cambio sustantivo para el comercio, por ejemplo el uso del documento de transporte electrónico, o la carta de crédito electrónico o la letra de cambio electrónica no alteran la estructura del comercio internacional.

En cuanto al envío de los bienes intangibles a través de la red, también será una operación de comercio

internacional, siempre y cuando el software se aplique o se descargue en un territorio físico distinto al territorio físico donde se expidió el mismo. Cabe mencionar que los bienes intangibles no son objeto del derecho aduanero toda vez que no se pueden clasificar en una posición arancelaria por lo tanto escapan del concepto de mercadería, término que en el derecho aduanero excluye a los bienes inmuebles y los intangibles⁸.

Claro está que aquí entramos al tema de la fiscalización tributaria por el pago de regalías por las licencias de uso enviadas a una persona domiciliada en el extranjero. En cuanto a la elección entre el domicilio virtual y el domicilio físico debería primar el domicilio del cual se envíen los bienes y el domicilio donde se reciban o utilicen, de esta manera, el comercio internacional no se vería alterado en lo sustantivo.

En cuanto a la tendencia del comercio electrónico, somos de la opinión de una redefinición como contratación electrónica internacional, donde los conceptos de legislación y jurisdicción son los temas que cobran interés analizar. Sin embargo, tal cual sucediera con el comercio internacional la jurisdicción competente así como la legislación aplicable serán facilitadas por los mismos comerciantes quienes a través de sus usos y prácticas ya han comenzado a crear costumbres, las mismas que vienen siendo declaradas por Cibertribunales (como el caso del Cibertribunal Peruano) o por otros organismos internacionales. También es cierto que a través de la contratación electrónica se están dinamizando las economías, acrecentándose el comercio entre todos los países del mundo. Es decir, más que comercio electrónico internacional o doméstico, estamos entre un comercio internacional que está convirtiéndose en comercio internacional electrónico.

Nosotros consideramos que lo expuesto en líneas anteriores no es sino una parte de la nueva Lex

⁷ Cabe precisar que ese envío al espacio tiene una clave para que el comprador pueda reconocerlo y recuperarlo, por eso la existencia de los piratas informáticos

⁸ Ricardo Xavier Basaldua. Derecho Aduanero. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1992. Pag. 53

Mercatoria del comercio internacional. Como se aprecia el uso de las tecnologías de la información, ha conllevado a la aparición de nuevos usos y costumbres en el comercio internacional, los mismos que deberán formar parte del Derecho del Comercio Internacional, por ello los abogados especialistas en comercio internacional, tendrán que actualizarse para entender la nueva *lex mercatoria*, toda vez que la tendencia es que paulatinamente se deje de lado las figuras tradicionales del comercio.

Según Sara L. Feldstein de Cárdenas, La *lex mercatoria* constituye "un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional"⁹.

Muchos de estos principios no son escritos, como bien lo indica la cita con la cual iniciamos el presente artículo, de ahí la importancia de la *lex mercatoria*. El desarrollo y uso de las tecnologías de la información se viene usando en forma consuetudinaria y recientemente la legislaciones nacionales han empeado a recoger en su ordenamiento jurídico dichos principios, usos y costumbres de la era digital.

IV. A MANERA DE CONCLUSION

Como se aprecia, más que respuestas definitivas el presente artículo se ha propuesto una redefinición del comercio electrónico toda vez que pensamos que el mismo se deriva del comercio internacional. El uso de la tecnología de la información en el comercio internacional no puede crear un objeto de estudio llamado comercio electrónico, en nuestra opinión el llamado "comercio electrónico" no es más, que la expresión más resaltante de la Nueva *Lex Mercatoria*, o mejor dicho de los nuevos usos y costumbres que tienen los comerciantes a finales del siglo XX. Esta aparición de nuevos usos y costumbres electrónicas no hace más que reafirmar el carácter dinámico y consuetudinario, que ha caracterizado por siglos el derecho del Comercio Internacional. Por ello pensamos que el derecho informático se está diluyendo o mejor dicho está irradiando sus instituciones en otras áreas del derecho, como en el presente caso, que ha irradiado sus conceptos a través de la *lex mercatoria*, al punto de confundirnos sobre la definición del comercio electrónico. Estamos ante una nueva redimensión del derecho del comercio internacional, donde la informática y los postulados del derecho informático forman parte de la nueva *lex mercatoria* del comercio internacional. ^{D&S}

⁹ Feldstein de Cárdenas, Sara. *Contratos Internacionales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1995 pag. 174