



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN
CON ACREDITACIÓN PNPC (002764)

“PROPUESTA DE UNA NUEVA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE
COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS QUE INCORPORA LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE
LA INFORMACIÓN”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

P R E S E N T A

M. EN D. VICTORIA ALVA LUGO.

DIRECTOR DE TESIS

DR. VÍCTOR MANUEL CASTRILLÓN Y LUNA
PITC SNI - II UAEM CONAYT



CUERNAVACA, MORELOS JUNIO 2018

“De noble y prehistórica estirpe, el comercio creció robusto y conformó –a ciencia y paciencia- notable personalidad. Si prosperidad acarrea, transforma su entorno. Genera emporio de imperios. Patrocina civilizaciones. Ancla salvadora en tempestuosas crisis financieras. Fiel balanza entre oferta y demanda. Terrible corsario de los mares. Seductor de infortunados aventureros. Grata recompensa de quien le confía energías, talento, pasión y fervor. Valeroso caballero y audaz conquistador de nuestra aldea al mundializar la economía, devenir ciudadano del orbe y convertir nuestro tecnocosmos en el *shopping center global*”

Alfonso Labariega Villanueva.

Agradezco:

A la fuerza máxima, que me ha permitido concluir este proyecto, que inició como un anhelo, y que ante las dificultades encontré en la fe, consuelo y aliento para seguir adelante y vencer los obstáculos.

Agradezco a mi espejo, mi rayito de sol, mi maestro y compañero de viaje Rafael Diez Marina Díaz, por ser un aliado y apoyo constante en el logro de todas las metas que día a día nos proponemos.

A mis padres Ana María Lugo Tovar y Ángel Alva Hernández, gracias por ser, por estar, por darme la vida y estar siempre a mi lado; en constante apoyo en todas los anhelos sueños y adversidades. A mis abuelos Ana María, Zeferino y Macrina que se, que están sin estar. A mis hermanos Diana y Ángel, por ayudarme a ser mejor cada día. A mis queridos sobrinos Salvador Nicolás, Iker Fabricio y Eileen que me invaden con su alegría, sus ocurrencias y también, de vez en cuando con sus travesuras. A mis cuñados Salvador y Andrea, a mi tía Guadalupe, primos Ereth, Annabel, y José Luis; con quienes comparto la vida.

A México en el que creo, y me siento orgullosa de ser parte de él, al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y a la “Universidad Autónoma del Estado de Morelos”, por la oportunidad de cursar el Programa de Doctorado en Derecho y Globalización que oferta la División de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Al cuerpo Directivo Dr. Rubén Toledo Orihuela y al Jefe de la División de Posgrado Dr. Julio Cabrera Dircio al Claustro Doctoral en especial a mi Director de Tesis Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna, por ser guía y apoyo en el presente que inició desde la Maestría en Derecho, que ha sido siempre fuente de admiración y respeto doctrinal. Reconociendo la labor del personal administrativo, que son parte vital para el buen desempeño de nuestra máxima casa de estudios, agradezco a todos y cada uno de ustedes.

Al Dr. Luis Manuel Olivares Estrada, Jurídico del Colegio de México, por hacerme el honor de

acompañarme en el sínodo, como revisor externo.

“The John Marshall Law School” en Chicago Illinois, Estados Unidos; en especial al Dr. Michael Seng, a la Dr. Co-Executive Director Fair Housing Legal Support Center, a la Dra. Ann M. Lousin titular de la materia Sales Transactions Sales Transactions and Illinois Constitutional Law. Así como las atenciones del Consulado de México en Chicago, en especial al Cónsul de Protección Marcelino Miranda Aceves.

“Pace Law School – Institute of International Commercial” en especial a la Dra. Vikki Rogers por las facilidades prestada para cursar “*Law Certificate Program on International Commercial Law*” del cual conocí y encontré la opinión de colegas y especialistas en la CISG que fueron de mucha importancia para la investigación.

“International Institute for the Unification of Private Law” (Unidroit), al Presidente Dr., Ángelo Estrella Faria, la Secretaria General Dra. Anna Veneziano y a todo el cuerpo administrativo por las atenciones que me prestaron durante la estancia de investigación y el acceso a la Sesión 96ª del Consejo de Gobierno celebrada del 10 al 12 de mayo en Roma, Italia. Agradeciendo a la Embajadora de México en Italia, Martha Elena Federica Bárcena Coquí así como al Representante de México ante Unidroit Dr. Jorge Sánchez Cordero Dávila por sus comentarios, el tiempo y recomendaciones a la presente investigación.

“Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Privado” (CNUDMI) en especial al Secretario General Dr. Luca Castellani y a la Dignataria de México M. en D. Ligia González Lozano, por sus generoso comentarios y aportaciones a la presente investigación.

“Moot Alumni Association” (MAA) en especial a LL.M Dmytro Galagan, Co-Chair of International Liaison, por la distinción de representar a la MAA en la 56ª Sesión de UNCITRAL Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebrada en Nueva York, del 16 al 20 de Abril de 2018.

INTRODUCCIÓN	6
Glosario	11
CAPITULO PRIMERO.	14
1. MARCO TEÓRICO, METODOLÓGICO, AXIOLÓGICO, Y EPISTÉMICO DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO, DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN EL SIGLO XXI.	14
1.1 Teoría general del derecho y la obligación. El contrato como fuente de obligación.	15
1.2 Precisiones y alcance de “la ley suave” o “soft law” también conocido como “derecho verde” y el contraste con la “ley dura” ó “hard law”, en la lex mercatoria.	24
1.3 Historia del Internet y aspectos relativos a la sociedad de la información.	33
1.4 Telemática origen, evolución e impacto en el sistema jurídico.	38
1.5 Banca electrónica.	43
1.6 Comercio Electrónico.	46
1.7 Contrato Electrónico.	50
1.8 Firma Electrónica.	57
1.9 Firma Electrónica Avanzada o Firma Digital.	63
1.10 Diferencias entre la Firma Electrónica y Firma Digital.	66
1.11 La ética en los contratos.	68
1.12 Principios de la Organización Mundial del Comercio.	74
1.13 Epistemología y Globalización del Contrato de Compra venta electrónico.	82
1.14 Conclusiones.	93
CAPITULO SEGUNDO	94
2. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CCIM)	94
2.1 La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías (CCIM).	95
2.2 Origen de la CCIM	100
2.3 Importancia de la CCIM en el comercio mundial.	104
2.4 Características de la CCIM, “armonización” o “unificación” del Derecho Internacional Privado . ¿Es la CCIM un instrumento internacional cerrado? ¿Es aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales?.	107
2.5 Ámbito de aplicación de la CCIM.	114
2.6 La CCIM y el comercio electrónico. Las características de uniformidad, flexibilidad de la CCIM ¿Es suficiente para que la CCIM, pueda adaptarse a los avances tecnológicos, en el comercio electrónico en un mundo digital?.	122
2.7 La interpretación y aplicación de la CCIM al resolver controversias.	126
2.8 Cuadro normativo base de la compraventa en la CCIM.	131
2.9 ¿Es la CCIM una norma uniforme?.	133
2.10 ¿Qué interacción tiene México en la compra venta internacional de mercaderías?.	136
2.11 ¿Aplicación de la CCIM y su interacción con la legislación nacional?	140

2.12	¿La CCIM permite la formación de contratos a través de las tecnologías de la información?.	143
2.13	La CCIM y la batalla de las formas.	149
2.14	Formación y modificación del Contrato.	153
2.15	Conclusiones.	158
CAPITULO TERCERO		160
3. DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.		160
DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.		161
3.1.	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).	165
3.2	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998 bis.	172
3.3	Ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónica guía para su incorporación al derecho interno 2001.201	
3.4	Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, Estados Unidos 2005).	207
3.5	La directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de trece de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el diecinueve de enero del dos mil, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.	232
3.7	Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo de ocho de junio de dos mil, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.	243
3.7	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Unidroit.	249
3.9	The Principles of European Contract Law PECL.	265
3.10	Conclusiones	269
CAPITULO CUARTO		271
4. SIGLO XXI EL MUNDO DIGITAL LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, CONTRATOS Y SU REGULACIÓN EN LA GLOBALIDAD.		271
4. SIGLO XXI EL MUNDO DIGITAL LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, CONTRATOS Y SU REGULACIÓN EN LA GLOBALIDAD.		272
4.1	Estados Unidos De Norte América y El UCC Uniforme Commercial Code.	274
4.2.	España y El Real Decreto-Ley 34/2002, de 11 de Julio, Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.	285
4. 3.	Conclusiones.	304
Conclusiones		308
Fuentes de consulta		318
Apendice		328

Introducción

El comercio internacional se encuentra en franca renovación, derivado de los advenimientos tecnológicos, económicos, ecológicos y sociales. Entre los más importantes encontramos que en el siglo XIX, la Revolución Industrial cambió la forma de producción de bienes y la organización del Mundo; no obstante, el gran cambio en la producción la comunicación apenas logra masificarse, de uno a varios (con la creación de la imprenta, periódico y los medios masivos de comunicación).

A finales de la década de los 80 con la invención de redes primarias y más tarde el Internet, se dio un cambio que hoy en día sigue cosechando aplicaciones tecnológicas, en esta ocasión la comunicación adquiere un nuevo elemento, además de que puede ser de red (de uno a uno, de uno a muchos, o entre muchas personas) la comunicación se vuelve instantánea y entre personas ausentes, creando el comercio electrónico.

Por último, la aplicación del Internet a las tecnologías de comunicación y a las cosas “*internet things*” dio como resultado la era de la bigdata, revolución tecnológica que aún no conocemos sus alcances. Convierte al comercio electrónico a una portabilidad móvil, a través de la tecnología celular y de las telecomunicaciones. Ya no es necesario tener un equipo de cómputo para poder celebrar un contrato a distancia, además de las combinaciones que pueden surgir con el internet de las cosas, haciendo posible la comunicación entre un refrigerador inteligente y un supermercado en línea, puede celebrar contratos electrónicos para resurtir los insumos –desde luego en este caso, debe existir una autorización previa y establecer los niveles de insumos que debe presentar, etc.-.

En el escenario económico y geopolítico encontró su campo de batalla en el desarrollo de la tecnología. La creación del Internet tuvo su origen en la potencia Mundial Estados Unidos de Norte América en 1990 con la “*World Wide Web*”. Y hoy en día a casi treinta años de su creación, el título de potencia mundial, se pone en entre dicho. El importante y vertiginoso despegue tecnológico del Dragón Rojo (China) en la última

década, persigue la sucesión de la primera potencia, y debate la supremacía tecnológica al Imperio Americano.

El actual presidente Donald Trump, siente la amenaza del Dragón e intenta repeler el ataque, tomando acciones comerciales y políticas proteccionistas poco atinadas en una economía global, que buscan frenar a su oponente asiático. Sin embargo, el posicionamiento tecnológico de China se empeña en desbancar a la potencia, y cada uno, intenta adelantar y prever el vertiginoso desarrollo tecnológico para colocarse y probar ante la comunidad internacional que son, ó dejaron de ser, la potencia número uno del Globo.

La Convención de 1980 con 89 Estados miembro es la más firmada y reconocida en su tipo, regula la compraventa operación más realizada del derecho mercantil en el Mundo desde los inicios del Derecho Mercantil. Desde luego en 1980 culminaron los trabajos de UNCITRAL, una década antes de la creación del Internet, parte aguas de la revolución tecnológica. Aún cuando existe una previsión de los posibles adelantos tecnológicos en su elaboración, muestra de ello es la referencia al “telex” o al “fax” era imposible que la CCIM, alcanzara a prever la desmaterialización de los elementos básicos de la compraventa a saber: el contrato en papel y la firma autógrafa estampada entre personas presentes y contando con la presencia de dos testigos, como se había realizado desde el siglo XIX.

La era del bigdata, desmaterializa la operación de la compraventa, el contrato en papel es sustituido por el contrato electrónico, la firma escrita por puño y letra se transforma en una firma electrónica ó una firma electrónica avanzada, y los testigos se convierten en claves cifradas que deben comprobar su integridad y seguridad. Así la compraventa se transforma en el vehículo para el comercio electrónico que moverá la economía en el siglo XXI, ante este vertiginoso cambio del comercio es necesario renovar a la CCIM, para que pueda adaptarse al nuevo entorno digital y garantice un equilibrio en el intercambio comercial, con seguridad y un trato justo entre los Estados miembro.

Los instrumentos internacionales del comercio, además de unificar el marco jurídico, establecen principios y garantías para el buen desarrollo del comercio mundial. En 2015 la ONU aprobó la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible que persigue

diecisiete principios que llevarán a un desarrollo sustentable con igualdad entre los estados. El número diez está destinado a la reducción de la desigualdad entre los países; menciona que “existe un consenso cada vez mayor de que el crecimiento económico no es suficiente para reducir la pobreza si este no es inclusivo ni tiene en cuenta las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental”. Por esta razón es imperante que la CCIM sea renovada y que pueda cumplir con su objetivo de regular y establecer principios de intercambio justo entre los Estados miembro, en la operación más realizada en el mundo que es la compraventa internacional de mercaderías.

La presente investigación está dividida en cuatro capítulos el primero de ellos se enfoca al marco teórico, metodológico, axiológico y epistémico que interviene en la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías y la evolución de los elementos contractuales en el siglo XXI, como lo es el comercio electrónico, el contrato electrónico, la firma electrónica, la firma electrónica avanzada también llamada firma digital. Tomando en consideración que todo instrumento internacional que regule el intercambio de comercio debe sostenerse y guiarse por los principios de buena fe e intercambio justo entre naciones, que asegure la protección de los principios de la organización Mundial del Comercio.

El marco normativo de la CCIM se estructuró para operaciones realizadas entre personas presentes que estampaban su firma de puño y letra ante dos testigos actividad común en el siglo XIX. En la economía liberal global de la era de la información, la compraventa internacional de mercaderías es completamente online entre personas ausentes, que aceptan las obligaciones a distancia con el empleo de firmas electrónicas o firmas electrónicas avanzadas.

La segunda parte se avoca al estudio de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en el que analizamos los principales aspectos de la convención que motivaron su origen, la estructura legal que se siguió para regular el fenómeno comercial, y los aspectos no dispuestos en la CCIM como deben ser resueltos. Para lo cual realizamos una Certificación en Comercio Internacional en International Institute of Commercial Law Pace University. Especial

énfasis se procuró en la uniformidad y la aplicación de la Convención con la legislación interna tomando como ejemplo la legislación mexicana para determinar si es posible la formación de contratos a través de este instrumento. Así también se hizo un análisis técnico sobre la formación de contratos en el sistema anglo sajón para lo cual realizamos una estancia de investigación en “The John Marshall Law School” en Chicago Illinois, Estados Unidos, para comprender las diferencias en la aceptación y formación de los contratos.

Por cuanto a la tercera parte de este trabajo lo dirigimos hacia el estudio de los desarrollos jurídicos de instrumentos internacionales que surgieron para dar respuesta y regular al fenómeno tecnológico del Internet, las Tecnologías de la Información, las Tecnologías de la Información y Comunicación, el comercio electrónico, el contrato electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada, así como el intercambio de mensajes electrónicos. Para tener un enfoque global, realizamos una estancia de investigación en el International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit con sede en Roma, Italia. Así también asistimos a la Organización de las Naciones Unidas para la 56ª Sesión de UNCITRAL, Grupo de Trabajo IV en Nueva York, Estados Unidos en la que se trataron Aspectos Generales del Contrato de Computación de la Nube y Seguridad e identidad en la Red.

En este capítulo hacemos un estudio comparativo entre el hard y el soft law, y los logros y alcances que tienen para lograr la uniformidad en el concierto internacional de la compraventa internacional de mercaderías. Se analizaron las Leyes Modelos de Comercio Electrónico y Firma Electrónica, así como la Convención sobre el Uso de Comunicaciones Electrónicas de CNUDMI, Las Directivas 1999/93/CE Firma Electrónica y 2000/31/CE Servicios de la Sociedad de la Información del Parlamento Europeo y Del Consejo de la Comunidad Europea, los Principios y las Cláusulas para la Contratación Internacional de Unidroit y los Principios de la Contratación Europea PELC. Con lo que se evidencia el gran interés y la necesidad de regular el fenómeno del comercio y la contratación electrónica aún cuando no se haya alcanzado la uniformidad global para regular los aspectos técnicos y jurídicos de la plataforma digital.

Por cuanto al último capítulo se enfocó al estudio del derecho comparado tomando como análisis a los Estados Unidos de Norte América al ser el Estado en el que surgió el Internet, en el que analizamos el Uniform Commercial Code UCC y el Electronic Transaction Act ETA, en el que encontramos una base jurídica abierta que respetando la autonomía de las partes deja a la elección de las mismas la forma en la que desean contratar. También analizamos la legislación Española uno de los primeros Estados miembro de la UE en aterrizar a su legislación interna las directivas europeas a través de los Reales decretos 34/2002 Servicios de la Sociedad de la Información y 59/2003 de Firma Electrónica; no obstante los avances legislativos que tiene la legislación española encontramos que por cuanto al comercio electrónico y el contrato electrónico resultan aplicables además de los mencionados Decretos Reales un cumulo de legislación interna que intervienen en la aplicación normativa interna. Por tanto, en ambos casos sostenemos que no se alcanza por una parte la uniformidad en la reglamentación y la protección de los principios de buena fe e intercambio justo que deben respetar las naciones para lograr un desarrollo económico adecuado de todos los Estados.

Después de analizar los diversos cuerpos normativos observamos que ninguno de ellos alcanza la aplicación global de la CCIM, además de que ante la falta de actualización del instrumento en caso de que exista controversia entre las partes no existe un marco jurídico uniforme que regule el contrato electrónico, la firma electrónica, firma electrónica avanzada, los mensajes electrónicos que resulte vinculante para los estados miembros de la CCIM. Por lo que resulta necesario adecuarla al siglo XXI y los nuevos desarrollos tecnológicos que aporte seguridad jurídica a las plataformas digitales con la misma seguridad y certeza jurídica del último siglo.

Glosario

ADPIC Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

ADR Alternative Dispute Resolution.

AGCS Acuerdo General para el Comercio de Servicios.

AMIPCI Asociación Mexicana de Internet

BM Banco Mundial.

BM Banco de México.

CC Código de Comercio

CCIM Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías.

CCI Cámara de Comercio Internacional.

CECI Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

CFPC Código Federal de Procedimientos Civiles

CISG United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

CNUCCIM Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

CVIM Convention sur le Vente Internationale de Marchandises.

DARPA Advanced Research Projects Agency

DSA Digital Signature Algorithm.

EDI Electronic Data Interchange

FAO Food And Agriculture Organization of the United Nations

FEA Firma Electrónica Avanzada.

FIEL Firma de Identificación Electrónica

FLPC Ley Federal de Protección al Consumidor

GATS Acuerdo General para el Comercio de Servicios.

GATT Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio. IFAD International Fund for Agricultural Development.

IFAD International Fund for Agricultural Development. INEGI Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

KÜ Kauf Übereikommen.

LFE Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica LSSI Ley de Servicios de la Sociedad de Información

LSSICE Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

LUVI Leyes Uniformes sobre la Venta Internacional de Mercaderías. MLEC Model Law on Electronic Commerce

MLES Model Law on Electronic Signatures NFC Near Field Communication.

NMF Nación más favorecida.

OHADA Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

OMC Organización Mundial del Comercio.

ONU Organización de las Naciones Unidas.

PECL The Principles of European Contract Law.

PECL The Principles of European Contract Law

PECL The Principles of European Contract Law.

PKI firmas electrónicas basadas en tecnología

RAE Real Academia de la Lengua Español

RTC Red Telefónica Conmutada

SAT Sistema de Administración Tributaria.

SET Secure Electronic Transaction.

TI Tecnologías de la Información.

TIC's Tecnologías de la Información y Comunicación

TPSEP Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement

TRIPSb Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

UCC Uniforme Commercial Code.

UE Unión Europea

UETA Uniform Electronic Transactions Act

ULF Ley Uniforme para la Formación de Contratos.

UNCITRAL Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law.

UNKRUN-Kaufrecht.

URSS Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. USA United States of America.

WKR Wiener Kaufrecht.

CAPITULO PRIMERO.

1. MARCO TEÓRICO, METODOLÓGICO, AXIOLÓGICO, Y EPISTÉMICO DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO, DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN EL SIGLO XXI.

1.1 Teoría general del derecho y la obligación. El contrato como fuente de obligación. 1.2 Precisiones y alcance de “la ley suave” o “soft law” también conocido como “derecho verde” y el contraste con la “ley dura” ó “hard law”, en la lex mercatoria. 1.3 Historia del Internet y aspectos relativos a la sociedad de la información. 1.4 Telemática origen, evolución e impacto en el sistema jurídico. 1.5 Banca electrónica. 1.6 Comercio Electrónico. 1.7 Contrato Electrónico. 1.8 Firma Electrónica. 1.9 Firma Electrónica Avanzada o Firma Digital. 1.10 Diferencias entre la Firma Electrónica y Firma Digital. 1.12. La ética en los contratos. 1.13 Principios de la Organización Mundial del Comercio. 1.13 Epistemología y Globalización del Contrato de Compra venta electrónico. 1.14 Conclusiones

1.1 Teoría general del derecho y la obligación. El contrato como fuente de obligación.

El comercio actividad que tiene por objeto las actividades productivas y comerciales en sus inicios y posteriormente industriales. El comercio surge en el neolítico, después del descubrimiento de la agricultura y por consecuencia surgió la necesidad del intercambio de los productos excedentes en una comunidad.

En sus inicios, participaban los integrantes de distintos grupos sociales, en el que se reunían en los límites de sus asentamientos y hacía una especie de guerra, en la que el vencedor tenía derecho a tomar para sí los productos que le eran necesarios. Más tarde, el intercambio se logró realizar sin el uso de la fuerza física y las armas y surgieron las primeras normas para su desarrollo como “la oferta y la demanda”.

El comercio y el desarrollo de la sociedad guardan una relación de sinergia, en razón a que el comercio es la actividad económica que da sustento a las sociedades. Por esta razón el derecho mercantil será uno de los más antiguos, que, si bien no pueden ser denominadas normas jurídicas, si podemos afirmar que desde su surgimiento se establecieron las primeras reglas para su desarrollo.

Así tenemos, que el comercio evoluciona a la par del desarrollo social, perfeccionados hasta integrar la principal actividad del desarrollo económico de la sociedad, estableciendo el intercambio de las mercaderías, dejando de usar la fuerza física como el factor principal para lograr el intercambio, mejorando las prácticas hasta alcanzar un intercambio comercial civilizado con el que se obtuvieran la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Castañeda, Morales y Palomillo¹ comentan que los Hebreos -antiguo pueblo semita del levante mediterráneo- cuya principal actividad económica fue el

¹ Castañeda Rivas, Norma; Morales Chaine, Ángel y Palomilno Guerrero, Margarita. *Derecho Hebreo*, Jurídicas UNAM, Consultado 01.03.17. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/213/tyo/tyo10.pdf>.

comercio, debido al lugar geográfico de su asentamiento. Siendo Palestina una tierra puente y lugar de tránsito de mercaderes entre Mesopotamia y Egipto, exportaban aceite y vino e importaban metales, marfil y especias.

La Torá hebraica, contiene el elemento jurídico de las estipulaciones que regulan las relaciones de los ciudadanos entre sí, regulando el derecho: agrario, comercial, industrial, familiar, sucesorio y penal, aplicado este último en las infracciones a Dios y al prójimo. Los hebreos establecen los primeros usos mercantiles, bajo las cuales se regían el intercambio de sus mercaderías.

Los hebreos definen el comercio internacional, con el que fue posible el intercambio de productos entre distintas culturas y regiones del mundo. En el Antiguo Testamento se da testimonio de la compraventa. Barclay² cita al Antiguo Testamento:

“Sucedió que había venido cierto mercader de la India a Jerusalén que se llamaba Abanes. Le había enviado el rey Gundaforo para que le llevara a un experto carpintero, y leso es lo que era Tomás. <¿Quieres comprar un carpintero?>. Abanes le dijo: <Sí>. Y Jesús, entonces le propuso: <Tengo un esclavo que es carpintero, y quiero venderle>, y señaló a Tomás desde lejos. Llegaron a un acuerdo en el precio, y se hizo un contrato de compra-venta que decía: <Yo, Jesús, hijo de José el Carpintero, certifico que te he vendido a mi esclavo que se llama Tomás a ti, Abanes, mercader de Gundaforo, rey de los indios>. Cuando se firmó y selló el trato, Jesús encontró a Tomás, y se llevó a Abanes, ...”.

Es necesario precisar que el contrato de compraventa, fue una de las primeras operaciones mercantiles que fueron reguladas, si bien en un inicio, se regularon por las normas religiosas como el Antiguo Testamento. Podemos observar que su importancia se remonta a la antigüedad y que es una actividad que se ha seguido realizando dentro del comercio, por su trascendencia económica en el desarrollo

² Barclay, William. *Comentario al Nuevo Testamento*, Editorial Clie, Barcelona España. 1997. p. 490.

de la economía de las sociedades en un inicio que ahora se refleja en las economías tanto de las naciones, como de las empresas transnacionales.

Entre las primeras regulaciones jurídicas formales del comercio encontramos: la Ley de Rodas, El Consulado del Mar, Las Universidades del Mercaderes, Las Universidades de México y las Leyes de L'Ordennance.

López Melero³ comenta respecto a la compraventa que es una creación cultural que supera a una forma obviamente más primitiva de intercambio, el trueque o permuta, operando a base del concepto de valor, nacido en el marco de las formas económicas redistributivas y de reciprocidad. Cuando la compraventa se convierte en instrumento y en parte de la transacción, de tal manera que ésta puede realizarse sin necesidad de una doble circulación de productos, aparece ya que la compraventa, es decir, el intercambio de cosas por valores de cambio que materializan el precio.

Ahora bien, respecto al derecho internacional privado –derecho conflictual, para los anglosajones- el tema de la ley aplicable a los contratos internacionales, resulta un tema considerado de mayor complejidad y que genera confusión. Por cuanto a los contratos con efectos más allá de las fronteras de un sistema legal.

García Castillo⁴ refiere que las universidades italianas del Siglo XIII. Durante el intercambio comercial entre las ciudades de Italia y el territorio que hoy conocemos como Siria, Arabia, España y el sur de Francia exigía reglas para elegir, en caso de conflictos, entre los diversos comerciantes el sistema jurídico aplicable. Que en un principio se solucionó a través de los jueces que se limitaron a aplicar las leyes de sus propias ciudades, bajo el criterio de que las partes al

³ López Melero, Raquel. *Sobre los orígenes y el carácter de la compraventa en el mundo griego*. Consulta 01.03.17. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BE1Q2IRh1wJ:https://revistas.ucm.es/index.php/GERI/article/download/GERI8383110063A/14948+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx&client=safari>.

⁴ García Castillo, Tonatiuh. *La Lex Contractus en los contratos internacionales*, Jurídicas UNAM. pp. 63 y 64. pdf. Consulta.02.03.17. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/7>.

elegir al juez, elegían también el sistema jurídico aplicable a la disputa en latín *iudicem illum eligendo videntur elige statuta et consuetudines suas*⁵.

Fueron los romanos y franceses quienes desarrollaron la teoría de las obligaciones, que llegaría a México por conducto del Código de Comercio a virtud de la influencia de los códigos de Napoleón, Italia y Alemania, por su origen Romano-Germánica de nuestro sistema jurídico y la fuerte influencia que tuvo el Código Napoleónico en toda Europa.

En el Código Civil francés, suelen incluirse dentro de la teoría general de las obligaciones, Sánchez Medal⁶ al estudiar al contrato como una de las fuentes de las obligaciones; y nos dice que la gran importancia y la desproporcionada extensión, indica la conveniencia de destacar la coincidimos cuando afirma que la gran importancia del contrato como fuente de las obligaciones destacando la doctrina general del contrato, ya que es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones, que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extra patrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos.

Así tenemos que las fuentes del derecho de forma directa o indirecta son también fuente de las obligaciones, en el entendido de que por fuente de derecho se entiende, la creación de un orden jurídico aceptado por la colectividad al que se encuentran sujetos tanto los órganos del poder público como los ciudadanos.

Por su parte Santos Azuela⁷ comenta que las fuentes del derecho son las formas o procedimientos mediante los cuales se generan y manifiestan las normas jurídicas, el origen factible de una suma de disposiciones del derecho positivo determinado.

⁵ Balduino, citado por Wolff, Martin. *El juez elección parecen elegir sus propias leyes y costumbres Derecho internacional privado*, Bosch, Barcelona, 1944. p. 22.

⁶ Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos Civiles*. Editorial Porrúa, México 2010. p.3.

⁷ Santos Azuela, Héctor, *Teoría General del Proceso*, McGraw-Hill Interamericana Editores, México 2000. pp. 50 y 51.

Castán Tobeñas⁸ concibe a las fuentes del derecho en sentido técnico, como los modos o formas mediante los que una sociedad constituida se manifiesta, y determina las reglas jurídicas.

Acosta Romero y Lara Luna⁹ señalan que debe ser separados los términos de fuentes del conocimiento jurídico de los de fuentes del derecho, propiamente entendiendo por lo que a las primeras se refiere, que son a las que acude el estudioso de la fuente del derecho, para desentrañar los fenómenos materia de un proceso cognoscitivo, y que por las segundas se deben entender que son todas aquellas circunstancias sociales que dan origen a una norma jurídica, agregando que en el derecho mercantil es muy importante desentrañar el problema relativo a establecer de donde surge la norma jurídica.

Debido a la influencia que los usos y costumbres ejercen en el derecho mercantil, y siendo el derecho un producto de los factores sociales, que debe tomar en el legislador al momento de crear el derecho, así como la conciencia social cuando se trata de usos y costumbres. Así tenemos que el Derecho es un producto social vivo que cambia y se transforma para adaptarse a los usos y costumbres del ente social que regula. El siglo XXI está marcado por la colisión de dos grandes fenómenos uno económico-político que es la globalización y el segundo tecnológico y los vertiginosos desarrollos de las Tecnologías de la Información (TI) y las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's).

La ciencia jurídica también ha tenido que adaptarse a estos cambios tanto en el ámbito local como en la comunidad internacional, sin embargo, no puede adaptarse a la misma velocidad del vertiginoso desarrollo tecnológico. Por lo que es necesario renovar los esfuerzos para adaptar las reglas del comercio a la implementación de la TI y TIC's en la formación de contratos entre personas a distancia.

⁸ Castán Tobeñas citado por De Pina, Rafael y Castillo Larraga, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 8ª Edición. Porrúa México, 1969. p.16.

⁹ Acosta Romero, Miguel y Lara Luna, Julieta Areli. *Nuevo Derecho Mercantil*, Porrúa, México 2000. p. 45.

Es necesario que los cuerpos de leyes mercantiles tanto internas como de la comunidad internacional se armonicen, modernicen y sean adaptables a los futuros desarrollos tecnológicos; para que cumplan con su función al dar seguridad y certeza jurídica a las operaciones comerciales del Siglo XXI. Así también los instrumentos mercantiles internacionales deben evolucionar y adaptarse a un nuevo entorno tecnológico, en el que las transacciones entre personas ausentes sean seguras y estén reguladas por un marco jurídico uniforme.

Las fuentes del derecho han debido adaptarse, como lo hemos comentado a los incipientes desarrollos de tecnología, para adaptarlos transformarlos y reconocerlos en el sistema jurídico a través de dotarlos de equivalencia funcional, neutralidad y no discriminación a los documentos electrónicos respecto a los documentos escritos.

Así tenemos que las fuentes formales del derecho mercantil tenemos: la ley, la costumbre y los usos mercantiles y la jurisprudencia. Siendo la ley, sin duda la fuente primaria de la creación del orden jurídico, destacando que la fuente inicial y de mayor jerarquía será en el derecho doméstico será la Constitución. Por cuanto a los usos mercantiles, tienen gran tradición como hemos mencionado, al ser esta una la primera actividad que el hombre desarrolla en sociedad. El origen, la naturaleza y la índole del derecho mercantil muestra su carácter consuetudinario, y aún hoy, instituciones no reguladas se practican y se aplican con la misma fuerza que si lo estuvieran, y otras, que la ley ya recoge, se regularon y adquirieron fuerza primero por la costumbre. La jurisprudencia concebida como la ciencia del derecho, constituye una fuente formal, cuyo instrumento es la ley, a la que se interpreta cuando existe una carencia en ella perfeccionando la función legislativa.

Por cuanto a las fuentes reales conocidas también como materiales, las encontramos en los comportamientos sociales, que influyen en el legislador y motivan la expedición de las normas. El llamado espíritu de la norma que se constituye en la expresión de motivos que acompaña a la emisión de una norma, en la que se explica los reclamos de la sociedad que motivan al legislador a poner

en acción el mandato constitucional de legislar. Existen otros factores que influyen al legislativo como son el cambio en las condiciones ambientales, que cada vez son más fuertes y se hace imperante la necesidad de legislar en favor de la protección y recuperación de la ecología también llamada ecosofía, término acuñado por el Dr. Juan de Dios González Ibarra.

Gómez Lara¹⁰ dice que la fuente material indaga el contenido de la norma, lo que ésta ordena, dispone o prohíbe, o sea la conducta que la norma postula como debida por razones políticas, económicas y sociales.

Así también los movimientos políticos, económicos y sociales que por virtud de la globalización incipiente tienen mayor y profunda implicación internacional que con el empleo de las tecnologías de la información en pocos minutos resultan virales en las redes sociales, caso lamentable, la desaparición de cuarenta y tres normalista de la comunidad de Ayotzinapa, Guerrero. Que ha volcado los ojos del mundo sobre México que incluso le valió la discusión del caso ante el Congreso Alemán el pasado cinco de noviembre de dos mil catorce.

Por su parte los principios generales del derecho constituyen los criterios de aplicación de carácter doctrinario, inspirados en concepciones basadas en la idea de justicia y equidad que inspiran a los jueces a resolver las controversias apoyados en tales criterios, ante la ausencia de normas escritas.

Santos Azuela¹¹ señala como fuente de esta disciplina, los principios generales del derecho plasman la concepción de justicia acuñada por la sociedad política, que sirve de inspiración y fundamento al ordenamiento jurídico que se promulga. Referidos a esta ciencia, la dogmática maneja este tipo de principios como las ideas torales o las líneas directrices para el desarrollo y eficacia del proceso.

¹⁰ Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 3ª reimpresión, UNAM, México, 1981. p.84.

¹¹ Santos Azuela, Héctor. Op. Cit. p. 37.

Así tenemos que el contrato es una de las fuentes de obligaciones, Avilés Arenas¹² comenta que etimológicamente la palabra deviene de los vocablos latinos “Ab Ligatus” que quiere decir estar ligado a alguien (en lo jurídico). Dicha idea de “liga” subsiste bajo la palabra “relación” u otra equivalente.

El concepto clásico de obligación es la relación jurídica entre un sujeto llamado acreedor y un sujeto llamado deudor, por cuya relación el acreedor está facultado para exigir y recibir una prestación, en tanto que el deudor está facultado para exigir y recibir una prestación, en tanto que el deudor está constreñido jurídicamente a satisfacer esa prestación consistente en dar, hacer o no hacer.

Por lo tanto, la obligación es un estado de subordinación jurídica que impone al deudor la necesidad de ejecutar a favor del acreedor un hecho o abstención de carácter patrimonial o moral. Es un vehículo jurídico por virtud del cual se establece una relación jurídica entre dos o más personas.

Parte importante de las fuentes de las obligaciones lo constituye el acto jurídico, concebido como la manifestación de la voluntad que producirá consecuencias de derecho, y comprende por tanto al contrato y al convenio.

Sánchez Calero¹³ señala que las obligaciones mercantiles que nacen normalmente de los contratos tienen como característica al ser típicas o uniformes su tendencia a la objetivación, y la necesidad, más acusada que en el Derecho Civil, de un exacto cumplimiento.

La teoría del acto jurídico ha sido bastante estudiada por varios y muy distinguidos investigadores; sin embargo, no existe una teoría general sobre las obligaciones mercantiles. No obstante, la existencia de normas mercantiles de escasos e incompletos preceptos tanto en materia del acto jurídico, la aplicación de la legislación Civil sigue siendo aplicable de manera supletoria a la materia mercantil.

¹² Avilés Arenas, Hertino. *Obligaciones*. Editorial Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México 2001. p. 1.

¹³ Sánchez Calero, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil, Curso General*, Reus, Madrid, 1935. p. 341.

Castrillón y Luna¹⁴ comenta que dentro de los actos jurídicos destaca la figura del contrato al que siendo una especie del género del convenio, podemos definir diciendo que es el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, en tanto que en el convenio en la conjunción de las voluntades se incluye también la modificación y la extinción de los derechos y las obligaciones.

Aún y cuando la ley civil establece con toda claridad la diferencia entre convenio y contrato, el Código de Comercio se refiere indistintamente a ambos, cual si se tratara de la misma fuente de las obligaciones.

El contrato tiene como elementos esenciales al consentimiento, al objeto y la solemnidad, en los casos exigidos. Dentro de los elementos de validez se encuentran: la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin del acto y la forma en los casos en los que sea requerida por la ley.

Como la legislación mercantil no regula lo relativo a los elementos esenciales y de validez de los contratos mercantiles, a los mismos deberán aplicarse las normas del derecho común.

Por lo que a la integración del consentimiento como primer elemento de existencia del acto jurídico se refiere, cabe señalar que, de manera similar a la materia civil, en principio se presenta la oferta, y para que el contrato se perfeccione, a la misma debe caer la aceptación.

En el caso de los contratos celebrados por medios electrónicos estos elementos subsistirán siendo equivalentes por cuanto a los efectos jurídicos, respecto a aquellos celebrados en papel. Mismos que estudiaremos a profundidad en lo subsecuente.

¹⁴ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Contratos Mercantiles*. 6ª Edición. Porrúa, México 2014. p. 14.

1.2 Precisiones y alcance de “la ley suave” o “soft law” también conocido como “derecho verde” y el contraste con la “ley dura” ó “hard law”, en la lex mercatoria.

Definir como la “ley suave” o “*soft law*” -en inglés-, también llamado “derecho verde”; y la “ley dura” o “*hard law*” –en inglés- interactúan en la reglamentación internacional del comercio, resulta una tarea con ríspidas aristas, los doctrinarios tienen opiniones diferentes acerca de los alcances y la efectividad del “*soft law*” y el “*hard law*”, sin que exista un consenso general.

La principal diferencia ente el “*soft law*” y el “*hard law*” es la característica de la obligatoriedad, el primero de ellos no es vinculante por consecuencia no puede obligarse a ningún miembro de la comunidad internacional a cumplimentarlo; por su parte el segundo “*hard law*” sí es vinculante, por lo cual los Estados adquieren una obligación jurídica ante la comunidad internacional de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos, so pena de ser sancionados por el incumplimiento.

Al respecto Eventt y Stern¹⁵ comentan que los estudiosos jurídicos positivistas tienden a negar el concepto mismo de "ley blanda", ya que la ley por definición es "vinculante". Los académicos racionalistas insisten en que "el término" acuerdo vinculante "es una hipérbole engañosa" en lo que respecta a los asuntos internacionales, pero siguen encontrando que el lenguaje de los "compromisos vinculantes" importa en cuanto a señalar por los estados la gravedad de sus compromisos. De manera que el incumplimiento implicará un mayor costo de reputación.

Daniel Thürer¹⁶ considera al “*soft law*” as a *phenomenon in international relations covers all those social rules generated by States or other subjects of international law which are not binding but which are nevertheless of special legal relevance.*

¹⁵ Evenett, Simon J y Stern M. Robert. *Systemic Implications of Transatlantic Regulatory Cooperation and Competition*. World Scientific Studies in International Economics. Massachusetts, USA. 2011. p. 68.

¹⁶ Thürer Daniel, *Soft Law*, en Bernhardt, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000. p. 454.

Por su parte Valverde¹⁷ comenta que el “*soft law*” es el derecho de naturaleza incierta, menos vinculante, menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una transposición aleatoria -de las normas- en los ordenamientos nacionales.

Es necesario hacer notar que la corriente positivista que considera que no existe la “ley blanda” apegada al concepto romanista “*lex dura, sed lex*”, ha quedado anacrónica ante las repercusiones que la globalización ha tenido sobre la legislación internacional, que en buena medida ha desplazado la soberanía de las naciones.

Considero que la postura racionalista es más apegada a la realidad del siglo XXI al reconocer la existencia de “ley blanda” y “ley dura”; sin embargo, es de hacer notar que la “ley dura” se sostiene en cuanto a su necesidad y relevancia, ante el concierto internacional que necesita proveer a los Estados de una verdadera protección y compromiso. Lo que sólo puede alcanzarse a través de la característica “vinculante” de la norma, máxime en tratándose de compra venta internacional de mercaderías. Por lo cual es necesario que los instrumentos internacionales que regulen la actividad mercantil internacional sean “ley dura”.

De lo contrario no serían exigibles ante los miembros de la comunidad internacional, toda vez que la “ley blanda” es únicamente una recomendación ó guía jurídica, emitida por un organismo internacional como UNIDROIT y UNCITRAL que no obstante que son instrumentos elaborados por selectos grupos conformados por juristas de máximo renombre y de las diversas familias jurídicas con el objeto de unificar la *lex mercantil*; no son vinculantes.

No obstante, cumplen su función de unificar al derecho internacional al estar disponibles a toda la Comunidad Internacional, para que puedan incluirlos en su legislación y sirvan de inspiración para los legisladores nacionales, por lo cual, se

¹⁷ Valverde, Iñigo. *Informe del Sr. Cot sobre el documento COM(97) 626, «Legislar mejor» (A4-498/98); Resolución del Parlamento Europeo de 18.12.1998 (DO C 98 de 9.4.1999, p. 5).* Consultado 21.02.17. <http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/63/pyc633.htm>.

encuentran a disposición de los Estados y los particulares, para ser incorporados tanto a la legislación interna como al celebrar contratos privados.

Eventt y Stern¹⁸ comenta que los académicos constructivistas se centran en la naturaleza vinculante de la ley en la etapa de promulgación, y más en la efectividad de la ley en la etapa de implementación, abordando la brecha entre la ley en los libros y la ley en acción. Señalan que incluso la legislación interna varía en términos de su impacto en el comportamiento, de modo que las distinciones binarias entre el "derecho duro" vinculante y el "derecho blando" no vinculante son ilusorias.

Por su parte Daniel Thürer¹⁹ identifica cuatro aspectos que resultan apropiados para describir el concepto de soft law, a saber:

Firstly, soft law does generally express common expectations concerning the conduct of international relations as it is often shaped by or arise within the framework of international organizations. Secondly, soft law is created by subjects of international law Thirdly, soft law rules have not —or not entirely— passed through all stages of the procedures prescribed for international law-making; they do not stem from a formal source of law and thus lack legal binding force. Fourthly, soft law —despite its legally noncommittal quality— is characterized by a certain proximity to the law and above all by its capacity to produce certain legal effects.

La fuerza vinculante de la ley internacional puede ser sometida a diversos juicios, y considerar que es un concepto altamente sospechoso, sobre todo por cuanto a la eficacia operativa que pueda alcanzar. No obstante, es necesaria en el concierto internacional, aún cuando el vigor de una ley vinculante local no sea equivalente a una ley vinculante internacional, es la característica "vinculante" de la norma la que provee de seguridad y certeza jurídica a la comunidad internacional.

¹⁸ Evenett, Simon J y Stern M. Op. Cit. p. 68 y 69.

¹⁹ Thürer Daniel, Op. Cit p. 454.

Aún cuando las Ley modelo de UNCITRAL en materia de Firma Electrónica, Comercio Electrónico y Comunicaciones Electrónicas son una realidad y aportan un valioso marco normativo mínimo (que puedan inspirar a las legislaturas de los Estados) no debemos olvidar que las leyes modelo forman parte de la “ley blanda” internacional.

Por tanto, nunca alcanzaran la obligatoriedad, que es necesaria para dar seguridad y certeza jurídica a la comunidad internacional, por su parte, la CCIM es un instrumento jurídico con plena fuerza “vinculante”, por su naturaleza jurídica forman parte del “ley dura” internacional.

Eventt y Stern²⁰ nos dicen que los instrumentos de ley suave, sin embargo, tienen desventajas obvias. En primer lugar, desde una perspectiva normativa, si los instrumentos de “ley dura” son eficaces, pueden ser criticados por su relativa oscuridad, ya que pueden eliminar la legislación de la supervisión democrática, de modo que las disposiciones con implicaciones distributivas no se discutan plenamente con los órganos legislativos u otros organismos gubernamentales. En segundo lugar, desde el punto de vista de la efectividad, los instrumentos de “ley suave” crean poca o ninguna obligación legal y no proporcionan un acuerdo de litigación de terceros para resolver los conflictos entre las partes y completar los detalles de los contratos incompletos.

Además, los instrumentos de “ley suave”, dependiendo de su nivel de precisión, también pueden dificultar la determinación de si un Estado está actuando de acuerdo con sus compromisos y así crear mayores oportunidades para eludir la responsabilidad. Precisada la diferencia entre los instrumentos -vinculantes y no vinculantes-, podemos afirmar que ambos son valiosos y aportan uniformidad a la lex mercatoria.

Sin embargo, los fines que persiguen la “ley dura” y “ley suave” son distintos, la CCIM es un instrumento de “ley dura” y por tanto vinculante para los Estados miembro. Por su parte las Leyes Modelo de UNCITRAL, resultan útiles y son

²⁰ *Ibide.* p. 76.

inspiradoras para los congresos de los Estados, con el fin de unificar la reglamentación en materia de Firma Electrónica; sin embargo, no resultan vinculantes ni aplicables a la CCIM, para regular la formación de contratos a través del uso de las TI o TIC's.

Posteriormente UNCITRAL advierte la necesidad de desarrollar nuevos y más precisos instrumentos internacionales que puedan satisfacer y dar respuesta a los requerimientos tecnológicos. También advierte la necesidad de que estos nuevos instrumentos sean de “ley dura” y por tanto vinculantes a los Estados miembro, y crea la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (CECI), de 2004.

Sin embargo, la Ley Modelo de la CNDUMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, así como la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (CECI), constituyen una buena base para que los Estados facilitaran el comercio electrónico, pero tienen dos grandes obstáculos.

El primero es técnico, ya que ninguno de estos instrumentos resulta aplicable a la CCIM, toda vez que el artículo 7.2 establece que en: “2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”. Por lo cual la CCIM sólo puede ser interpretada por sus propios principios y en ningún caso por otro instrumento internacional.

Al respecto, realicé una consulta electrónica a CNUDMI en la que la “*International Trade Law Division*” -División de Derecho Mercantil Internacional- reiteran el argumento y dice: “*The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts is not automatically binding on CISG State parties. States need to become a party to the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts for that*

Convention to be able to interact at the treaty level with the CISG". Por lo que se evidencia que estos instrumentos, incluso la CECI, no resulta aplicable ni vinculante automáticamente a la CCIM.

Por cuanto al segundo obstáculo, es de naturaleza tecnológica toda vez que Ley Modelo de la CNDUMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, así como la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (CECI), sólo abordaban un número limitado de cuestiones.

Y los requerimientos regulatorios, para abarcar todas las aristas que plantea la contratación internacional, por medio de la TI y TIC's son superiores y amplias. Se necesitaba hacer mucho más para aumentar la confianza y la fe en el comercio electrónico, ejemplo de ello son las normas apropiadas sobre la protección del consumidor y la vida privada, el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas y los métodos de autenticación, medidas para combatir los delitos informáticos y la ciberdelincuencia, seguridad de las redes e infraestructura fundamental para el comercio electrónico, y protección de los derechos de propiedad intelectual en relación con el comercio electrónico, entre otros aspectos.

Posteriormente en 2006, advierten y dan respuesta a la solicitud A/CN.9/60²¹ para regular aspectos tecnológicos que presentan necesidades y desafíos específicos al utilizar las TI y las TIC's en la formación de contratos como:

- a) Autenticación y reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas;
- b) Responsabilidad y normas de conducta para los prestadores de servicios de información;
- c) Facturación electrónica y cuestiones jurídicas relacionadas con las cadenas de suministro en el comercio electrónico;

²¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 39o periodo de sesiones. Nueva York, 19 junio a 7 julio 2006. *Posible labor futura en materia de comercio electrónico*. Consultado 27.02.17. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/538/99/PDF/V0653899.pdf?OpenElement>.

d) Transferencia de derechos sobre bienes corporales y otros derechos mediante comunicaciones electrónicas;

e) Competencia desleal y prácticas comerciales engañosas en el comercio electrónico; y

f) Protección de la esfera privada y de los datos en el comercio electrónico.

g) Protección de los derechos de propiedad intelectual;

h) Comunicaciones electrónicas no solicitadas (“spam”);

i) Ciberdelincuencia.

De lo que resulta evidente que la CCIM no puede dar respuesta a las necesidades tecnológicas que imprime la utilización de las TI y la TIC's en la formación de contratos. Tanto y más, cuando fue necesario desarrollar nuevos instrumentos internacionales de “ley dura” y por tanto vinculantes como el CECI.

Se señaló también, que no existía ningún documento internacional que impartiera orientación y al que pudieran remitirse con carácter universal los legisladores y los encargados de definir las políticas aplicables al comercio electrónico si buscaban asesoramiento sobre estos diversos aspectos. Y menciona, que la labor de unos y otros, en particular en los países en desarrollo, podría facilitarse mucho si se prepara dicho documento general de referencia.

Ahora bien, en relación a estos requerimientos CNUDMI nuevamente diseña un instrumento internacional y lo titula “Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas”, en 2009.

Dicho documento tiene por objeto, equilibrar el interés por fomentar la seguridad en el intercambio de comunicaciones electrónicas, mediante normas y criterios que sean reconocidos internacionalmente y aplicables con carácter transfronterizo en tratándose de comercio electrónico. Y nuevamente, se trata de un instrumento de “*soft law*” y por tanto no vinculante, que propone ayudar a los legisladores y los

encargados de formular políticas a identificar las principales cuestiones jurídicas que intervienen en la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas y considerar posibles soluciones al respecto.

Los instrumentos de “ley suave” emitidos por UNCITRAL en materia de Firma Electrónica Avanzada, Comercio Electrónico y Comunicaciones Electrónicas, Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas; así como de “ley dura” consistente en la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (CECI), son valiosos instrumentos que modernizan y ponen en sincronía al derecho con el desarrollo de las tecnologías de la información.

Sin embargo, como ya lo he hecho notar, no resultan aplicables a la CCIM, ninguno de ellos. Tanto los que pertenecen a la “ley suave”, como los que son “ley dura”, no pueden ser aplicables a la CCIM. No obstante que ha quedado de manifiesto, por una parte, la justificada y necesaria urgencia de regular internacionalmente respecto a estos temas tecnológicos; muestra de ello se refleja en los múltiples instrumentos creados por CENUDMI de los cuales me he referido en líneas que anteceden.

Ahora bien, si son necesarios también lo es que se modernice la CCIM, para que haga un compendio de todos los instrumentos antes referidos y sea nuevamente un instrumento actual y al día en que se pueda desarrollar el vertiginoso comercio internacional del Siglo XXI, al amparo de los beneficios tecnológicos que otorgan las TI y las TIC's, por cuanto a la inmediatez y abatimiento de costos entre los negociadores.

Por lo cual es necesario que los referidos instrumentos internacionales, sean elevados al rango de “ley dura” y se incorporen a la CCIM. Las tecnologías de la información serán cada vez más utilizadas en las negociaciones de compra venta internacional de mercaderías. La CCIM debe ser nuevamente moderna al

contemplar un marco jurídico mínimo que de seguridad y certeza a la contratación a través de las TI y las TIC's.

De tal forma que los Estados miembro, se remitan a un solo instrumento internacional de "ley dura" y por tanto con fuerza "vinculante", que los obligue a implementar en sus derechos internos, el reconocimiento uniforme de las TI y TIC's. El que tendrá que incluir y respetar los principios de: no discriminación, equivalencia tecnológica y neutralidad que establece la Ley Modelo CNUDMI de Comercio Electrónico.

1.3 Historia del Internet y aspectos relativos a la sociedad de la información.

Internet, nació como un experimento militar para controlar las comunicaciones sin que estas fueran intervenidas es innegable la forma en que ha revolucionado todos los aspectos de la vida humana, sus aplicaciones son múltiples y tienen un gran impacto en todas las sociedades así nos dice el autor Castells²² comenta que el Internet se creó en un audaz plan ideado en la década de los sesenta por los guerreros tecnológicos del Servicio de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa estadounidense (Advanced Research Projects Agency, el mítico DARPA), para evitar la toma o destrucción soviética de las comunicaciones estadounidenses en caso de guerra nuclear... convirtiéndose en la base de una red de comunicación global y horizontal de miles de redes (desde luego, limitada a una elite informática instruida de cerca de 20 millones de usuarios a mediados de la década de 1990, pero cuyo crecimiento es exponencial), de la que se han apropiado individuos y grupos de todo el mundo para toda clase de propósitos, bastante alejados de las preocupaciones de una guerra fría extinta.

Ya hemos hablado en párrafos que anteceden sobre el crecimiento exponencial que ha desarrollado el Internet desde su creación, coincidimos con el autor en señalar que ha sido tal el impacto en el desarrollo de los grupos sociales de todo el mundo que ha revolucionado a la sociedad en su conjunto, así también la infinidad de aplicaciones en las que se ha introducido el uso de esta tecnología está en constante crecimiento, ha dejado de ser un simple medio de comunicación para crear incluso una sociedad en un red plana y global que se denomina “la sociedad de la información” que tiene un impacto trascendental en la economía de los Estados.

Al respecto Castell²³, nos dice que si bien la sociedad no determina la tecnología, sí puede sofocar su desarrollo, sobre todo por medio del estado. O, de forma

²² Castells, Manuel. Op. Cit. p. 4.

²³ Íbide p. 5.

alternativa y sobre todo mediante la intervención estatal, puede embarcarse en un proceso acelerado de modernización tecnológica, capaz de cambiar el destino de las economías, la potencia militar y el bienestar social en unos cuantos años. En efecto, la capacidad o falta de capacidad de las sociedades para dominar la tecnología, y en particular las que son estratégicamente decisivas en cada periodo histórico, define en buena medida su destino, hasta el punto de que podemos decir que aunque por sí misma no determina la evolución histórica y el cambio social, la tecnología (o su carencia) plasma la capacidad de las sociedades para transformarse, así como los usos a los que esas sociedades, siempre en un proceso conflictivo, deciden dedicar su potencial tecnológico.

En efecto, el fenómeno tecnológico tiene una estrecha relación con el éxito en las economías de los estados, a grado tal que puede definir el bienestar social de su población. La estrepitosa velocidad del avance tecnológico ha provocado cambios impactantes en periodos de tiempo muy cortos, muestra de ello es el Internet y toda la gama de dispositivos móviles que en décadas anteriores tomaban años en desarrollarse, hoy en día combinan más e innovadoras aplicaciones cuyo límite pareciera infinito, por lo cual sostenemos que el Estado debe estar impulsar el desarrollo tecnológico y su innovación en igual empeño debe seguir modernizando las instituciones jurídicas para que lleve a la par de la tecnología su regulación, es importante destacar que es el Estado quien debe cumplir esta función.

Así también lo considera Castells²⁴ nos dice que por una parte, el Estado puede ser, y lo ha sido en la historia, en China y otros lugares, una fuerza dirigente de innovación tecnológica; por otra, precisamente debido a ello, cuando cambia su interés por el desarrollo tecnológico, o se vuelve incapaz de llevarlo a cabo en condiciones nuevas, el modelo estatista de innovación conduce al estancamiento debido a la esterilización de la energía innovadora autónoma de la sociedad para crear y aplicar la tecnología.

Es de resaltar la importancia que tiene la función del estado y las consecuencias que tiene para la sociedad la innovación tecnológica, sostenemos que esta

²⁴ Ibide p. 7.

innovación debe ser acompañada de la modernización de los sistemas jurídicos, aún y cuando por su naturaleza su desarrollo es más calmo, no puede ni debe de dejar de ser actualizado al ser pieza fundamental en el engranaje tanto social como económico en el desarrollo de la sociedad.

Al respecto, Ormazábal Sánchez²⁵, menciona que la ciencia jurídica, por su propia naturaleza, no deban esperarse los vertiginosos avances de la tecnología, no significa que no pueda ni deba progresar, en el sentido de ofrecer respuestas adecuadas a fenómenos nuevos, aunque sea valiéndose de instituciones ya añejas o tradicionales, en su caso convenientemente remozadas.

En nuestra opinión el desarrollo tecnológico y su innovación tienen que ser necesariamente armónicos, a la actualización y avance de los sistemas jurídicos ya que su relación es simbiótica lo que garantiza una adecuada protección de los derechos en la llamada “sociedad de la información”²⁶ o “sociedad informacional”²⁷, antes de estudiar a diversos autores que refieren a estos términos, queremos aclarar que la Real Academia de la Lengua Española no reconoce ninguno de los términos citados.

El término “sociedad de la información” fue citado por Daniel Bells²⁸ como un elemento de la “sociedad post-industrial”, y comenta que la descripción aparecen tres componentes principales: en el sector económico, un giro de la industria a los servicios; en la tecnología, la centralidad de las nuevas industrias basadas en la ciencia; en el terreno sociológico, el crecimiento de nuevas élites técnicas y la introducción de un nuevo principio de estratificación. Desde aquí, se puede volver atrás y afirmar de forma más general que la sociedad postindustrial implica el brote de nuevas estructuras y principios axiales: el paso de una sociedad productora de bienes a una sociedad de información o de conocimiento; y, en los

²⁵ Ormazábal Sánchez, Guillermo. *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley Ediciones, Madrid, 2000; p. 162.

²⁶ Real Academia de la Lengua Española. Consultado 9 de octubre 2013. <http://lema.rae.es/drae/?val=sociedad%20de%20la%20informaci%C3%B3n>.

²⁷ Ídem.

²⁸ Bell, Daniel. *El Advenimiento de la sociedad post-industrial*. Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 53.

modelos del conocimiento, un cambio del eje de abstracción desde el empirismo o la chapucería de la prueba y el error a la teoría y a la codificación del conocimiento teórico para dirigir la innovación y la formulación de programas políticos.

Como podemos observar el término tiene su origen en la sociología aun cuando en el sistema jurídico europeo se haya anidado el concepto, ahora bien, han sido los sociólogos quienes han advertido de los nuevos comportamientos en la sociedad derivados de los avances tecnológicos así también son ellos quienes han desarrollado el concepto de “sociedad de la información” también llamada “sociedad informacional”.

Términos que puntualmente distingue Castells²⁹ y de comenta que quisiera establecer una distinción analítica entre las nociones de «sociedad de la información» y «sociedad informacional», con implicaciones similares para la economía de la información/informacional. El término sociedad de la información destaca el papel de esta última en la sociedad. Pero yo sostengo que la información, en su sentido más amplio, es decir, como comunicación del conocimiento, ha sido fundamental en todas las sociedades, incluida la Europa medieval, que estaba culturalmente estructurada y en cierta medida unificada en torno al escolasticismo³⁰, esto es, en conjunto, un marco intelectual (véase Southern, 1995). En contraste, el término informacional indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este periodo histórico. Mi terminología trata de establecer un paralelo con la distinción entre “industria e industrial”.³¹

Así tenemos que los términos “sociedad de la información” o “sociedad informacional” refieren a aquella actividad social que se da a través del empleo de

²⁹ Castells, Manuel. Op. Cit. p. 47.

³⁰ Nota del Autor. Escolasticismo. Filosofía de la Edad Media, cristiana, arábica y judaica, en la que domina la enseñanza de las doctrinas de Aristóteles, concertada con las respectivas doctrinas religiosas. Real Academia de la Lengua Española. Consultado 2 de mayo 2013. <http://lema.rae.es/drae/?val=escolasticismo>.

³¹ Real Academia de la Lengua Española. Op. Cit.

los medios tecnológicos en específico el uso de Internet, y que diversos sociólogos entre ellos Daniel Bell, Manuel Castells han considerado que han tenido tal impacto en la sociedad que han revolucionado la forma en que esta se integra y desarrolla, como lo hemos hecho notar en párrafos que anteceden, sostenemos que el impacto ha permeado al ámbito jurídico y por ello nos encontramos ante una necesaria reevolución³² jurídica en la que cada una de las naciones debe de integrar los cambios a sus sistemas jurídicos para que estos sean armónicos, homogéneos y neutrales para los desarrollos tecnológicos que tenemos.

³² Nota del autor. Nos referimos a una “Reevolución” y no a una “Revolución” toda vez que consideramos que mientras el término revolución de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española es: “Cambio violento en las instituciones políticas, económicas o sociales de una nación.” (Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario De La Lengua Española*, Vigésima segunda edición, consultado 9 de octubre 2013. <http://lema.rae.es/drae/?val=revoluci%C3%B3n>) ahora bien en la actualidad sostenemos que nos encontramos en una re “evolución” termino que la Real Academia de la Lengua Española define como: “Desarrollo o transformación de las ideas o de las teorías.” (Op. Cit. Real Academia de la Lengua Española. Consultado 9 de octubre 2013. <http://lema.rae.es/drae/?val=evoluci%C3%B3n>) de la sociedad, instituciones, economías y sus formas de conducta, en la que existe una reestructura de las instituciones políticas, económicas y sociales a nivel mundial en forma global y que cada una de las Naciones debe adoptar en su estructura, afectando desde luego al sistema jurídico que debe homologarse a la reevolución mundial.

1.4 Telemática origen, evolución e impacto en el sistema jurídico.

La evolución de las Tecnologías de la Información dio origen a un nuevo mundo digital que tiene su propio lenguaje; el origen de la teleinformática es la amalgama de la informática y las telecomunicaciones; de ahí el vocablo teleinformática o telemática, la cual aparece en forma a partir de la década de 1960.

La Real Academia de la Lengua Española³³ define el término de Telemática: (Del ingl. telematics, acrón. de tele- e informatics, informática). 1. f. Telec. Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada.

Si bien la telemática tiene su origen en las tecnologías de la información y la comunicación cobra relevancia y trascendencia en el ámbito jurídico a nivel global. Al desarrollarse en el mundo digital las barreras geográficas y políticas no existen el impacto del intercambio de información trasfronterizo, hace necesario que el ámbito jurídico regule los alcances y garantías de seguridad en esta trasmisión.

Se puede definir a la Telemática como parte de una Ciencia, buscando brindar el desarrollo de las tecnologías que buscan el constante desarrollo en conjunto tanto de las Telecomunicaciones como de la Informática, brindando metodologías, procesos, técnicas y hasta servicios que pueden resultar útiles para ambas o su aplicación en conjunto.

Este concepto ha valido para la creación de una gran cantidad de tecnologías que permiten no solo realizar Telecomunicaciones entre usuarios de todas partes del mundo, sino también la comunicación de al menos dos ordenadores a través del servicio de Internet, a alta velocidad y compartiendo contenidos multimedia.

³³ Real Academia Española. Consultado 24/04/16. <http://lema.rae.es/drae/?val=telematica>.

Para ser considerada formalmente como ciencia debe tener un objeto de estudio, y es por ello que el de la Telemática³⁴ es simplemente las Tecnologías de la Información y la Comunicación (conocidas también por su acrónimo, TICs).

Insistimos en la equivalencia funcional entre el ámbito digital y la forma tradicional en la que se desarrollan diversas actividades de la sociedad, es tarea pendiente en nuestro sistema jurídico. Si bien existe legislación en nuestro país para la protección y privacidad de la correspondencia escrita, es necesario en una nueva óptica legislativa equiparar la protección al ámbito digital en el que se gocen de las mismas garantías para los cibernautas.

La evolución de la electrónica y en especial de los semiconductores desde que en 1947 apareciera el transistor en los laboratorios Bell, ha posibilitado la realización de sistemas informáticos y redes cada vez más sofisticados, esto ha hecho que lo que en un principio podría parecer innecesario, unir ordenadores con redes telefónicas, cada vez haya ido adquiriendo mayor importancia, puesto que las redes se han hecho cada vez más complejas y veloces y los ordenadores (desde que apareciera el eniac) más potentes con mayor capacidad y mucho más pequeños.

La columna vertebral de la temática está constituida por las redes de transmisión de datos, en un primer momento se utilizó la Red Telefónica Conmutada en lo sucesivo RTC, compartiéndose las comunicaciones de voz con las de datos, para posteriormente ir evolucionando hacia redes dedicadas para datos. Estas redes para datos se diseñaron partiendo de la base de que sólo iban a manejar este tipo de tráfico (bits), así nacieron las que se conocen como redes de conmutación de paquetes.³⁵

³⁴ Mastermagazine. Consultado 24/04/16. <http://www.mastermagazine.info/termino/6849.php>.

³⁵ Telefónica de España. *Introducción a la Telemática y las Redes de Datos*, p. 5. Consultado 24/04/16. <https://pastranamoreno.files.wordpress.com/2011/03/introduccion-a-la-telematica-y-redes-de-datostelefonica.pdf>.

Julio Téllez³⁶ refiere a la telemática como un nuevo desarrollo y dice: “La asociación cada vez más estrecha entre las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones ha creado aspectos de interés en el análisis de las aplicaciones que ambas tecnologías tienen en la actualidad, fundamentalmente en aquello que se conoce como redes.

Esta conjunción informática-telecomunicaciones, comúnmente conocida como telemática o teleinformática, se encuentra en una etapa de creciente desenvolvimiento, por lo que su importancia como medio de comunicación y herramienta de cálculo y proceso compartido es innegable.

Lo anterior hace que sea imperativo, si se desea una adecuada racionalización de los recursos informáticos, planear su desarrollo armónico, de tal forma que se puedan satisfacer las demandas actuales y potenciales de las dependencias, y coadyuvar a lograr los objetivos económicos y sociales de aquellos.

El uso intensivo de las redes internacionales de comunicaciones para la transmisión de información, antes o después de su proceso, ha propiciado que su tratamiento no se realice necesariamente e los países donde se origina o donde se utilizan los resultados de tal proceso.

En la actividad, que cada vez adquiere proporciones mayores en cuanto al número de usuarios de centros informáticos ubicados en el extranjero, el valor de los servicios prestados bajo tal modalidad y otros factores, en los últimos años han participado no sólo las empresas prestadoras de servicios o las instituciones públicas o privadas usuarias de ellos, sino también los gobiernos de los países y diversos organismos internacionales involucrados en mayor medida en el análisis de la problemática creada por el uso de redes internacionales de comunicaciones.

En la estructura de los sistemas de redes de teleinformática existen los siguientes componentes vinculados de manera directa con los llamados bienes y servicios informáticos:

³⁶ Téllez Valdés, Julio. *Derecho Informático*. Cuarta Edición Mac Graw Hill. México. 2010. p. 138.

- Terminales
- Concentradores o dispositivos intermedios
- Transmisión de datos
- Dispositivos de la red de telecomunicaciones
- Acopladores o adaptadores de transmisión
- Software de soporte.

Coincidimos con la opinión del autor, es necesario que nuestro sistema jurídico se modernice a los estándares internacionales y responda a la avanzada de las tecnologías. Si bien es cierto que la ciencia tecnológica tiene avances agigantados, también lo es, que ello no es impedimento para que exista en nuestro país un marco jurídico base en el que se garantice la seguridad de los usuarios de las TICs.

Por cuanto a la aplicación jurídica de la telemática Juan Francisco Ortega Díaz³⁷ nos dice: “Se propone una interpretación más flexible del espíritu de la ley, no de la letra, que permita el ejercicio de una comparecencia telemática que cumple los requisitos normativos con una escrupulosidad idéntica a la tradicional. Es decir, el medio telemático es capaz de comunicar y poner en contacto a los intervinientes, entre sí, con tal velocidad y garantía que la presencia física se tornaría irrelevante.

A mi juicio, sería una interpretación acertada que estaría de acuerdo con la eminente realidad notarial. Por otro lado, una interpretación de estas características no debería sorprendernos, pues no sería la primera vez que, en materia de contratación telemática, se llevara a cabo una interpretación semejante, cuando no más fuerte, pues, en aquel caso, se contravenía la letra de la ley.”

Coincidimos con la opinión del autor, basta que la interpretación del jurista cambie a una óptica digital en la aplicación de los conceptos básicos tradicionales para que el sistema jurídico se modernice. Es en principio de la reciente reforma al artículo primero de nuestra Carta Magna respecto al principio pro omine en

³⁷ Ortega Díaz, Juan Francisco. Op. Cit. p. 150.

materia de derechos humanos. En el concepto que planteamos lo equiparamos a tener una visión digital de la norma y su aplicación.

Laporta³⁸ comenta que la telemática ofrece una amplia gama de servicios, lo que evidentemente se traduce en ventajas como la rapidez con la que transmite información y su fácil manejo a través de redes como el internet; sin embargo no todo es bueno, estos servicios telemáticos exigen un elevado costo de instalación debido a la distribución geográfica de los usuarios, algunos datos son de tan fácil acceso que podría amenazar con la protección de los usuarios.

No obstante lo anterior la telemática³⁹ es de gran uso para la sociedad pues brindan una serie de comodidades facilitando la interacción entre los usuarios y la red tanto que es casi indispensable el uso del internet, ya que para efectuar simples procesos o transacciones de cualquier tipo se puede utilizar la tecnología.

El acelerado crecimiento e impacto de las tecnologías en todas las actividades de la vida, la digitalización de las actividades tiene impactos jurídicos con lo que es necesario modernizar y adecuar nuestro sistema jurídico a la era digital.

³⁸ Lázaro Laporta, Jorge. *Fundamentos de Telemática*. De la UPV. Valencia, España. 2005. p. 3.

³⁹ Telemática. Consultado el 24/04/16. http://telematikamika.blogspot.mx/2012_01_01_archive.html.

1.5 Banca electrónica.

En 1989 el gobierno de los Estados Unidos permitió el uso comercial del Internet; sin embargo, fue en 1990 cuando UUNet y PSI comercializaron el servicio. A partir de ese momento el desarrollo de dicho sector se creó una nueva economía basada en los negocios en computación, alta tecnología y software.

Desde el punto de vista económico, el explosivo crecimiento del Internet, sumado a la masificación de su acceso, han permitido vislumbrar una nueva forma de distribución comercial y acceso a productos, denominada economía virtual. El inicio de lo que se ha denominado la “tercera ola” de las telecomunicaciones: la primera conectó a los ordenadores; la segunda relacionó la información de nuevas maneras mediante la World Wide Web; y la tercera está unida a los procesos comerciales, transacciones bancarias y el intercambio de bienes. En fin, todo este cúmulo de aplicaciones del Internet a las actividades comerciales es lo que se ha llamado “comercio electrónico”.

Martínez Nadal⁴⁰, nos dice en referencia respecto a los medios de pago electrónicos que el desarrollo de un comercio electrónico directo, en el que todas las fases de la contratación se puedan realizar por vía electrónica (no sólo el perfeccionamiento sino también la ejecución posterior, esto es, el pago del precio, e incluso, si es posible, la entrega del bien o la prestación del servicio), exige de medios de pago seguros y adecuados a este nuevo contexto. Porque, de entre todas las fases de una relación contractual, ésta es, precisamente, la que genera, hoy día, mayores desconfianzas, y la que se desprende de los estudios realizados sobre la materia.

Respecto a los elementos que impulsan o retardan el avance del comercio electrónico, los cibernautas destacan la comodidad que ofrece la red como canal de compra y el precio ofrecido o las ofertas existentes; entre los segundos, la

⁴⁰ Martínez Nadal, Apol Lónia y otros. *Atribución de responsabilidad al comerciante o a la entidad. Compilación Derecho Patrimonial y Tecnología*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid. 2007. p. 214.

desconfianza en el pago o tener que dar los datos personales son aspectos que constituyen barreras para el desarrollo del comercio electrónico.

Tanto compradores como no compradores señalan que incrementar la seguridad en los pagos es el principal aspecto a mejorar en las compras por Internet. Entre los medios de pago que los empresarios suelen poner a disposición de sus clientes son el pago con tarjetas tradicionales de crédito se han convertido en el medio habitual de pago de operaciones de venta electrónica.

Martínez Nadal⁴¹ nos dice que respecto de los retos de la banca electrónica, que generan entre los sujetos implicados reticencias, miedos y problemas en primer lugar, en muchas ocasiones, el titular de una tarjeta se muestra reticente a enviar su número a través de la red, debido a la posibilidad de interceptación por terceros que los pueden destinar a operaciones fraudulentas. Y también, en segundo lugar, para el comerciante, proveedor o empresario pueden derivarse inconvenientes, por cuanto se puede ver implicado en operaciones problemáticas en las que, ante la reclamación del legítimo titular de la tarjeta, el banco anule en su cuenta los abonos correspondientes a tales operaciones. Finalmente, en tercer lugar, la entidad bancaria puede verse implicada en litigios relativos a su posible asunción de responsabilidad.

Por su parte Arias Pou⁴² refiere respecto al comercio electrónico y su seguridad, que en la contratación electrónica, los medios de pago que se realizan a través de las vías telemáticas deben ofrecer un grado de seguridad y fiabilidad mínimos e indispensables. No se nos oculta que poco a poco irán surgiendo nuevos procedimientos técnicos soluciones adecuadas, una vez que se les indique los principios que deben prescindir esta contratación para que sea segura y fiable. En este camino los medios electrónicos de pago juegan un papel fundamental porque siempre serán un elemento a utilizar en la contratación y en el comercio electrónico.

⁴¹ Ibídem. p. 115.

⁴² Arias Pou, María. Op. Cit. p. 447.

Para que el comercio haga su transición hacia el ciber espacio es necesario que los lineamientos normativos, se adapten a esta nueva realidad del comercio, en la que lo cibernautas puedan celebrar actos de comercio de una manera segura, en la que la legislación mexicana no distinga entre operaciones que se realicen de manera tradicional y aquellas que se celebren por medio del empleo de los medios electrónicos denominado “comercio electrónico”.

El reto del comercio electrónico en México es brindar la misma garantía y seguridad que los participantes tienen cuando realizan un acto de comercio tradicional. El realizar los actos de comercio a través de los medios electrónicos no debe constituir un detrimento en la seguridad y validez del acto celebrado.

1.6 Comercio Electrónico.

Con el nacimiento de los medios electrónicos, los seres humanos encontraron otra forma para poder exteriorizar su voluntad, con la finalidad de otorgar a ésta plenos efectos jurídicos. Efectivamente, los medios electrónicos dieron paso a lo que se conoce como “comercio electrónico”, el cual ha sido definido por la Comisión Europea como “cualquier actividad” que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la administración.

Son múltiples los beneficios que este tipo particular de comercio ofrece, como la reducción de costos y barreras entre proveedores y consumidores finales, y así lo afirman David Ferris y Larry Whipple⁴³ comentan que *Electronic commerce can substantially reduce time-to-market problems and related administrative costs. There is no doubt that successive generations of e-commerce technology will help companies extend their market reach and broaden their market positions. With the growing support for e-commerce by leading vendors, deep-pocketed industry players and even the government, companies who dismiss the opportunity to embrace e-commerce risk losing tremendous business leverage. The strategic opportunities for competitive advantage presented by electronic commerce may truly be unparalleled.*⁴⁴

Coincidimos con el criterio de los autores citados, el apoyo e impulse que tiene el comercio electrónico en el mundo, sin duda ha revolucionado la forma en que los negocios se realizan y de allí la importancia que tiene el que los sistemas jurídicos

⁴³ Ferris, David y Whipple, Larry, *Building an Intelligent E-Business*, Prima Publishing, Estados Unidos. 2000. p. 21.

⁴⁴ Traducción del autor: “El comercio electrónico puede reducir sustancialmente los problemas de tiempo de salida al mercado y los costos administrativos relacionados. No hay duda de que las sucesivas generaciones de tecnología de comercio electrónico ayudará a las empresas ampliar su mercado de consumo alcanzar y ampliar sus posiciones en el mercado. Con el creciente apoyo para el comercio electrónico de proveedores líderes, actores de la industria con mucho dinero e incluso el gobierno, las empresas que descartan la posibilidad de aceptar el riesgo de comercio electrónico perdiendo una tremenda ventaja empresarial. Las oportunidades estratégicas para la ventaja competitiva presentada por el comercio electrónico puede ser verdaderamente sin precedentes.”

sean equivalentes por cuanto a la protección y respeto a los derechos de los consumidores.

El estudio realizado por el Economist Intelligence Unit Pyramid Research⁴⁵ en 2010, evalúa la preparación de los países para la nueva economía digital en el que demuestra la importancia de adecuada políticas gubernamentales en la promoción de los negocios electrónicos. Uno de los factores principales utilizados para efectuar la evaluación de las sesenta mayores economías del mundo, es la existencia de un marco regulatorio de las transacciones electrónicas y de la firma digital. México ocupó el lugar número cuarenta.

Sin embargo, esta actividad no fue regulada por la legislación mexicana hasta mayo de 2000, con la reglamentación de las operaciones comerciales a través de medios electrónicos, por lo que hasta antes de esa nueva etapa, muchos se preguntaban si las transacciones celebradas a través de medios electrónicos eran válidas y, en su caso, cuál sería la legislación aplicable.

Si bien es cierto que la legislación civil federal reconocía efectos jurídicos a la manifestación de voluntad efectuada a través de teléfono y telégrafo, también lo es que no existía un antecedente directo respecto de los medios electrónicos.

Erick Rincón Cárdenas⁴⁶, nos dice lo que en su opinión el comercio electrónico involucra transacciones comerciales efectuadas por medios electrónicos y se desarrolla a través de redes mediante la relación entre oferta y demanda, para lo que se utilizan herramientas electrónicas e informáticas. De igual forma, debe señalarse que cada día y con mayor habitualidad es relevante el importante incremento de las ventas o subastas realizadas por vía del Internet. Asistimos pues a un cambio de paradigma en la civilización contemporánea, pudiendo afirmar que la incorporación masiva de las tecnologías de la información a las actividades comerciales está delineando una nueva forma de fungir económico.

⁴⁵ *Digital economy rankings 2010 Beyond e-readiness A report from the Economist Intelligence*
Consultado el 24/04/16. Unit.
http://graphics.eiu.com/upload/EIU_Digital_economy_rankings_2010_FINAL_WEB.pdf.

⁴⁶ Rincón Cárdenas, Erick. *Contratación Electrónica*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2006. p. 25.

El comercio electrónico ha crecido de en cuatro años un noventa por ciento, en su inicio en dos mil cinco se calculó el valor de las transacciones en doscientos nueve millones de dólares, para que en dos mil nueve llegara a los setenta y ocho mil millones de dólares, según las cifras publicadas por la Asociación Mexicana de Internet⁴⁷, conocida por sus siglas AMIPCI.

En la actualidad, la mayoría de las transacciones de comercio electrónico entre empresas y consumidores están relacionadas con productos intangibles que pueden enviarse directamente a la computadora del consumidor a través de la red.

Téllez⁴⁸, nos dice ¿Qué es el comercio electrónico?, y lo define como el comercio electrónico se puede definir en un sentido amplio, como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la trasmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores o posteriores a la venta, como las siguientes: la publicidad, la búsqueda de información acerca de productos, proveedores, etc., la negociación entre comprador y vendedor sobre precio, condiciones de entrega, etc., la atención al cliente antes y después de la venta, el cumplimiento de trámites administrativos relacionados con la actividad comercial, la colaboración entre empresas con negocios comunes (a lo largo plazo o sólo de forma coyuntural). Estas actividades no tienen necesariamente que estar presentes en todos los escenarios de comercio electrónico.

Rincón Cárdenas⁴⁹, comenta respecto a comercio electrónico no implica una modificación sustancial del actual derecho de las obligaciones y los contratos, esto teniendo en cuenta que la electrónica y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones es simplemente un nuevo soporte y medio de transmisión de

⁴⁷ Asociación Mexicana de Internet, AMIPCI. *Universo del Internauta Mexicano. Total 2012*. Consultado 24/04/16. <http://www.amipci.org.mx/?P=editomultimediafile&Multimedia=348&Type=1>.

⁴⁸ Téllez Valdés, Julio. Op.Cit. p. 218.

⁴⁹ Rincón Cárdenas, Erick. Op. Cit. p. 30.

voluntades negócias o pre negócias. Por ello no puede modificarse el derecho preexistente referente a la perfección, desarrollo y ejecución de los contratos.

Sin embargo, no se puede negar que la generalización en la utilización del comercio electrónico en relación con determinados contratos ha determinado un cambio en el derecho aplicable, y esto como consecuencia, en muchas oportunidades, del vacío jurídico que se presenta al momento de identificar los problemas y soluciones de los aspectos más destacables del comercio electrónico.

En las definiciones que dan los autores podemos observar que coinciden por cuanto a la necesidad del empleo de medios electrónicos para considerar que existe el comercio electrónico, que presenta un reto para el derecho mercantil, y por ultimo pero no menos importante, que el empleo de los medios electrónicos en el comercio no significa que el derecho preexistente tenga que ser modificado, es decir los actos de comercio seguirán reputándose como tales, así el contrato como figura jurídica no sufrirá un cambio en su sustancia, tan solo se deberá adecuar al empleo de los medios electrónicos y deberá proveerse de mecanismos que brinden la misma certeza jurídica a los contratos electrónicos a aquellos que hemos denominado contratos tradicionales.

1.7 Contrato Electrónico.

El Código Federal Civil, establece en su artículo 1,792 la siguiente definición de contrato, “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.” Ahora bien, en el artículo 1,794 del mismo cuerpo de leyes encontramos los requisitos de existencia del contrato a saber: “1.- Consentimiento; 2.- Objeto que pueda ser materia del contrato.” Por lo cual es necesario que tengamos claro que un contrato electrónico en principio deberá cumplir con estos elementos esenciales que para los contratos tradicionales exige la legislación de la materia, que si bien es cierto nuestro tema de investigación se desarrolla en la Materia Mercantil, también lo es que la Legislación Civil Federal le es aplicable de manera supletoria, por lo cual nos apoyaremos el citado cuerpo de leyes para la definición y explicación del contrato electrónico.

De acuerdo al artículo 1,796 del Código Civil Federal, se entenderá que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”, de lo que se observa que el valor que el legislador otorgó al elemento del “consentimiento” es de suma importancia, ya que además de ser un elemento de existencia del contrato, una vez que este queda expresado el contrato nace a la vida jurídica y por tanto las partes quedan obligadas a su cumplimiento.

Ahora bien, en relación al artículo antes citado la doctrina coincide con el legislador al establecer que el consentimiento (exteriorización de la voluntad) como fuente de derechos y obligaciones.

Rojina Villegas⁵⁰ así nos dice que, cuando la manifestación de la voluntad se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico, estaremos en presencia de un acto jurídico.

A través de los años, el sistema jurídico mexicano ha reconocido que la manifestación de voluntad puede efectuarse a través de los diversos medios con los que cuenta el hombre para poder comunicarse, otorgando validez, reconocimiento legal y efectos legales a las manifestaciones realizadas a través de aquellos.

El artículo 1,803 del Código Civil Federal, establece las formas en que tendrá por “expresado el consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: 1.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y 2.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.” Del análisis del artículo anterior se puede observar que la legislación federal contempla la expresión del consentimiento a través de medios electrónicos.

En el mismo sentido el diverso artículo 1,806, de ese cuerpo de leyes establece, que “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.” Con lo que el mismo ordenamiento prevé la implementación de los medios electrónicos como un mecanismo jurídicamente reconocido para la expresión del consentimiento.

⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*. Editorial Porrúa. Trigésimo Primera Edición. México. 2011. p. 25.

Del análisis hecho a la legislación federal civil, podemos observar que el legislador prevé el empleo de los medios electrónicos para la expresión del consentimiento. Sin embargo, no es suficiente, que la expresión del consentimiento se dé a través de los medios electrónicos y que estos sean reconocidos como instrumentos válidos para expresar el consentimiento, ya que existe un mecanizo que otorgue validez, reconocimiento legal y efectos legales a las manifestaciones realizadas a través de aquéllos.

El contrato es todo documento en el que se hace constar la voluntad de las partes y la forma en la que se obligan.

Bernardo Carlino⁵¹, da la definición de Guastavino (1987) respecto a un documento como el documento es toda cosa susceptible de percepción sensorial y aprehensión mental que sirve de demostración histórica indirecta y representativa de un hecho cualquier elemento material que sirva para fines representativos: papel, madera, tela, muro, película fotográfica o cinematográfica, cinta grabadora, etcétera.

El documento electrónico, como toda representación material destinada e idónea para producir una cierta manifestación del pensamiento representativo de un hecho, y apta para producir efectos jurídicos, será documento-género.

Y su representación impresa en papel es instrumento-especie. Entonces, al documento alojado en el disco del ordenador no legible al ojo humano corresponde denominarlo documento electrónico, y cuando se imprime en hoja papel legible e inteligible al ojo humano, instrumento informático.

Illescas Ortíz⁵², hace referencia a los principios de la contratación electrónica, revisitados en particular a una década de principios de derecho de la contratación electrónica en los siguientes términos la Ley Modelo de CNUDMI sobre comercio electrónico hecha en 1996 y redondeada en el año 1998: en sus diversas

⁵¹ Carlino, Bernardo. Reuniones a distancia. Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2000. p. 52.

⁵² Illescas Ortíz, Rafael. *Los principios de la contratación electrónica, revisitados*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid. 2007. p. 23.

disposiciones y en la complementaria “Guía para su incorporación al derecho interno” se encuentran los fundamentos legales a partir de los cuales los principios fueron individualizados y dotados de contenido. A su vez, esta tarea de la formulación expresa de los principios mencionados coincide aproximadamente con el cambio de milenio. Ello significa que han transcurrido aproximadamente diez años desde que las bases sobre las que los principios adquirieron forma fueron establecidas; incluso más años desde que la reflexión al respecto se inició, puesto que la redacción de la Ley Modelo comenzó en 1992 y algunos de sus más significativos elementos se encontraban ya recogidos en la Ley Modelo de CNUDMI de transferencia internacionales de crédito de 1988.

Desde entonces una avalancha de normas jurídicas de toda índole se han venido creando, al inicio predominaba la idea de que un corto número de normas omnicomprendivas bastaría para disciplinar e integrar la nueva realidad. No ha sido sin embargo así: los países de derecho romano continental, la necesidad de tipificar conductas se ha extendido a las conductas producidas en soporte electrónico.

Rincón Cárdenas⁵³ advierte que respecto a la problemática de la contratación electrónica y en específico al contrato electrónico los contratos electrónicos, en algún modo son el centro de las principales preocupaciones científicas del derecho privado hoy en día, y ello por varios aspectos. En primer lugar, porque puede resultar muy difícil constatar que hay discernimiento de quien maneja una computadora, puede resultar bastante difícil verificar si se tuvo una intención real en obligarse, y puede resultar imposible probar que hay error, dolo o violencia en el consentimiento. En segundo lugar, puede ocurrir que la declaración de voluntad sea automáticamente elaborada por una computadora y que la presencia de una persona sea sólo mediata al programar la computadora, pero no inmediata en el acto de celebración. Estas dificultades, sin duda alguna, transforman agudamente el consentimiento. En tercer lugar, es indudable que las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones se relacionan con el fenómeno de la ampliación del derecho

⁵³ Rincón Cárdenas, Erik. Op. Cit. p. 33.

de las obligaciones y el derecho de los contratos, que no sólo es de gran actualidad para los civilistas, sino que ese nuevo derecho uniforme incide en el régimen de los contratos electrónicos.

Illescas Ortiz⁵⁴ nos dice respecto al principio de equivalencia funcional, que en el derecho Español se consagró, si no por primera vez, al menos con un alcance general y en todo su esplendor –valga la expresión retórica- en España a través del fundamental art. 23 de la ya citada Ley 34/2002 o LSSICE. Especial atención al respecto merece el párrafo I del citado art. 23 cuando establece que: “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”. Igualmente merece la reproducción el párrafo 3 del citado precepto, conforme al cual: “siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

Rincón Cárdenas⁵⁵ comenta respecto del consentimiento electrónico, la oferta y la aceptación, lo siguiente para que el consentimiento expresado electrónicamente sea válido, las partes deben ser capaces, lo cual en materia de negocios electrónicos implica serias dificultades, teniendo en cuenta que las partes nunca están en presencia de la otra.

Para la formación del contrato se requiere que una de las partes tome la iniciativa y proponga al interesado el objeto condiciones y modalidades del contrato que se quiere celebrar, así la otra persona puede manifestar su conformidad y de esta manera nace el vínculo contractual, quedando perfeccionado el contrato y obligándose las partes a cumplir determinadas obligaciones.

⁵⁴ Illescas Ortiz, Rafael. Op. Cit. p. 26.

⁵⁵ Rincón Cárdenas, Erik. Op. Cit. p. 38.

Rincón Cárdenas⁵⁶ comenta respecto a las condiciones generales de contratación, lo siguiente en materia de comercio electrónico, esto es la utilización de las TIC's⁵⁷ en los ámbitos comerciales. Tribunales extranjeros han reconocido la posibilidad de que un clic a un Link de aceptación en una Web comercial, donde se ofrezcan productos o servicios, constituye una expresión positiva de la voluntad y, por tanto, una forma de obligarse, es decir, una forma de expresar el consentimiento. En esa medida, las condiciones generales del negocio jurídico celebrado a través de las Tics pueden entender incorporadas al mensaje de datos a la manera de la adhesión en los contratos de adhesión.

De las figuras jurídicas analizadas “comerciante” como sujeto, y “actos de comercio” finalidad del comercio, podemos afirmar que el comercio se hace constar a través del contrato, que establece los derechos y obligaciones que contraen las partes, respecto del acto de comercio al que se obliga, y que será el documento jurídico por medio del cual se hará exigible y será el testimonio de la expresión de la voluntad de las contratantes.

El Código de Comercio Mexicano define al contrato electrónico en los artículos 80 y 81:

Artículo 80. Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Artículo 81. Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden ó invalidan los contratos.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Nota del Autor. Tecnologías de la Información y Comunicación.

Del análisis integral de los articulados referidos tenemos que el contrato electrónico se considerará perfeccionado desde el momento en el que se acepta la propuesta o condiciones con que ésta fuere modificado, y así también que a esta expresión de la voluntad de contratar le serán aplicables las disposiciones de derecho civil acerca de la capacidad de las contrayentes. Ahora bien esta aceptación de las condiciones en las que se contrata, debe expresarse a través de la firma electrónica avanzada para que la aceptación sea confiable y no exista rechazo.

1.8. Firma Electrónica.

La firma autógrafa que en lo sucesivo denominaremos firma tradicional tiene las mismas características de la firma electrónica, a saber: identificativa que identifica quién es el autor del documento, declarativa es decir la asunción del contenido del documento por el autor de la firma. En el caso concreto del contrato, la firma es el signo principal que representa la voluntad de obligarse, y probatoria que permite identificar si el autor de la firma es efectivamente aquél que ha sido identificado como tal en el acto de la propia firma.

Por cuanto a los elementos de la firma tenemos: a) Elementos Formales: Signo personal: se presenta como un signo distintivo y personal, ya que debe ser puesta de puño y letra del firmante. Esta característica de la firma manuscrita puede ser eliminada y sustituida por otros medios en la firma electrónica, Animus Signandi es el elemento intencional o intelectual de la firma. Consiste en la voluntad de asumir el contenido del documento, que no debe confundirse con la voluntad de contratar. y b) Elementos Funcionales: Identificadora: la firma asegura la relación jurídica entre el acto firmado y la persona que lo ha firmado. La identidad de la persona nos determina su personalidad a efectos de atribución de los derechos y obligaciones, en el caso de la firma manuscrita expresa la identidad, aceptación y autoría del firmante; sin embargo no es un método de autenticación cien por ciento fiable, en el caso de que se reconozca la firma, el documento podría haber sido alterado o modificado en cuanto al contenido, es decir falsificado, en tal caso se puede recurrir a la realización de una prueba pericial, Autenticación: el autor del acto expresa su consentimiento y hace propio el mensaje a través de dos operaciones una de ellas pasiva es decir, que no requiere del consentimiento, ni del conocimiento siquiera del sujeto identificado, y un proceso activo por el cual alguien se identifica conscientemente en cuanto al contenido suscrito y se adhiera al mismo.

Antes de las reformas del 2000, la legislación mexicana no reconocía el uso de los medios electrónicos de manera universal y, en caso de un litigio, el juez o tribunal

tenía que allegarse de medios de prueba indirectos para determinar si la operación realizada era o no jurídicamente válida.

Las principales cuestiones que se presentaban antes de las reformas de mayo de 2000, consistían en; la forma y momento en que debían considerarse perfeccionado el consentimiento entre las partes; y los medios de prueba para acreditar la relación jurídico comercial, así como la forma en que los mismos debían ser valorados.

El consentimiento se integra por una policitud u oferta y la consecuente aceptación a la misma. Estas manifestaciones de voluntad pueden efectuarse entre personas presentes o bien, entre quienes no estén.

Existen cuatro teorías o sistemas del momento en que se perfecciona el consentimiento a saber: De la declaración; De la excepción; De la recepción; De la información.

Ahora bien, en un estudio comparativo con la legislación mercantil, encontramos que de acuerdo al artículo 80 del Código de Comercio, los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Por lo tanto, la aceptación de la propuesta o las condiciones con que éste fuere modificada quedará de acuerdo en los contratos que aquí llamamos tradicionales, es decir, aquellos suscritos en persona y signados por las partes; esta aceptación se da al momento de estampar la firma autógrafa de las contratantes. Ahora bien, de acuerdo al artículo 89 del Código de Comercio, el comercio electrónico se regirá bajo los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa.

Así entonces, podemos afirmar que la firma electrónica será el equivalente funcional a la firma autógrafa y por tanto se considerará que al firmar electrónicamente el mensaje de datos se estará dando el consentimiento a la policitud u oferta. De ahí la importancia de la fiabilidad de la firma electrónica ya que constituye el pilar del consentimiento del acto.

Salomón Vargas⁵⁸ comenta que la consideramos a la manifestación exterior de la voluntad que realiza un sujeto con capacidad de ejercicio para celebrar actos jurídicos, mediante el uso de medios electrónicos por lo que encontramos que esta manera de realizar actividades es transversal a los diferentes niveles socio-económicos en nuestro país, por usarse tanto para actividades masivas, como para actos individuales.

Así también Reyes Kraft,⁵⁹ la define como los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar y/o vincular al firmante en relación con el mensaje de datos, en forma equivalente a la firma manuscrita.

El Código de Comercio define en su artículo 89, a la Firma Electrónica como: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

La firma electrónica es un método utilizado para la autenticación de la voluntad en los contratos electrónicos, no puede decirse que sustituya a la firma autógrafa, como lo estudiaremos más adelante, pero si se afirma que con el empleo de

⁵⁸ Vargas García, Salomón. *La Contratación Electrónica en La Ley Federal del Procedimiento Administrativo*. Consultado 24/04/16. http://www.usmp.edu.pe/derecho/cedetec/art_rptinv/LA%20FIRMA%20ELECTRONICA%20COMO%20MANIFESTACION%20DE%20VOLUNTAD.pdf .

⁵⁹ Reyes Krafft, Alfredo Alejandro. *La firma electrónica y las entidades de Certificación Tesis de Doctorado*. Universidad Panamericana. 2002. Consultado 24/04/16. <http://docplayer.es/4828735-La-firma-electronica-la-firma-electronica-introduccion.html>..

métodos de asociación lógica se vincula con el mensaje de datos y la identidad del firmante con la finalidad de garantizar su integridad.

Téllez⁶⁰ define a la firma electrónica de la siguiente manera es el término genérico y neutral para referirse al universo de tecnologías mediante las cuales una persona puede “firmar” un mensaje de datos. Si bien todas las firmas electrónicas son archivos digitales (compuestos de unos y ceros), pueden manifestarse de diversas formas. Ejemplos de firmas electrónicas incluyen escribir el nombre del emisor al final de un correo electrónico, la digitalización personal (NIP), ciertas biometrías utilizadas para efectos de identificación (como la huella digital o la retina) y las firmas digitales (creadas mediante el uso de criptografía).

Carlino⁶¹ refiere lo siguiente respecto a la firma electrónica A la que teniendo una conexión lógica con un mensaje de datos de la misma naturaleza, permite vincular e identificar al firmante y garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos.

De las definiciones citadas se observa que existe una conexión lógica con los documentos digitales que contienen la oferta y que se liga a los datos de la persona firmante, para garantizar un vínculo único que autentifica la integridad de los documentos y el firmante a través de la encriptación de datos.

El Código de Comercio Mexicano se pronuncia respecto a la firma electrónica en el artículo 89, de la siguiente manera:

Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

⁶⁰ Téllez Valdés, Julio. Op. Cit. p. 234.

⁶¹ Carlino, Bernardo. Op. Cit. p. 53.

Así también en el artículo 89 del mismo cuerpo de leyes se pronuncia respecto a la firma electrónica avanzada en los siguientes términos:

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97.

El código de comercio define a la firma electrónica como el medio de autenticación de un mensaje de datos que autentifica y liga al mensaje de datos con el mensaje firmado. Por cuanto a la firma electrónica avanzada es necesario analizar el artículo 97 fracciones de la I a la IV, para mejor comprensión de los elementos que integran a este tipo de firma, citamos:

- I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;
- II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;
- III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y
- IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Del análisis del artículo antes citado es evidente que la firma electrónica avanzada es idónea para satisfacer los elementos de aceptación de la voluntad que hemos analizado al inicio de este título; lo que resulta así, toda vez que liga la firma de manera exclusiva a su firmante, mediante datos que se encuentren exclusivamente bajo su poder, detectando cualquier alteración a la firma y además mantiene la integridad del mensaje de datos que contiene.

Sin embargo, el legislador no considero necesario que en todos los casos sea utilizada la firma electrónica avanzada y así en el primer párrafo del mismo artículo dice:

Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una Firma en relación con un Mensaje de Datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una Firma Electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese Mensaje de Datos.

Por lo que deja al arbitrio de las contratantes el uso de una firma electrónica simple o avanzada que consideren resulte apropiada para los fines del mensaje de datos. Lo que a todas luces resulta contrario a derecho, ya que es imperante que esta firma cumpla los requisitos de equivalencia funcional, para que pueda surtir efectos jurídicos idénticos a la firma tradicional; máxime partiendo del punto en que este elemento es la autenticación de la expresión de la voluntad de las contratantes, por lo tanto, el dejar al arbitrio de las partes utilizar firmas distintas a la firma electrónica avanzada o firma digital, como lo es; un firma electrónica simple o cualquier método de autenticación que consideren adecuado es inadecuado al dejar de cumplir con el requisito de equivalencia funcional; toda vez que no se tendrán elementos suficientes para probar en caso de litigio la expresión de la voluntad de las partes.

1.9. Firma Electrónica Avanzada o Firma Digital.

La firma electrónica avanzada o firma digital, es un mecanismo mediante el cual se asocian el mensaje de datos y la identidad del emisor y firmante, a través del empleo de la criptografía asimétrica. La criptografía es un método mediante el cual se convierte el mensaje de datos en números que no permiten su lectura si no es mediante el empleo de una clave o llave; se dice que es asimétrica porque es necesaria una clave distinta para su encriptación y des encriptación del contenido del mensaje de datos.

Salomón Vargas García⁶², refiere que la Firma Electrónica Avanzada, conocida vulgarmente como la FEA, o Firma Digital, es la manifestación exterior de la voluntad generada con el uso de medios electrónicos, en la que participa un tercero confiable, motivo por lo cual la Firma de Identificación Electrónica, comercialmente conocida como “FIEL” que se utiliza para el pago de contribuciones federales y presentación de documentos relativos a las mismas, es una Firma Electrónica Simple.

Afirmamos que la llamada “FIEL del SAT” (Firma de Identificación Electrónica expedida por el Sistema de Administración Tributaria) no es una Firma Electrónica Avanzada, Fiable o Digital, a pesar del error cometido por el Legislativo Federal de llamar en los artículos 16-D, 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación a la Firma Electrónica que emite esa Instancia Federal, ya que la misma se refiere a una comunicación bidireccional, por no existir un tercero confiable legalmente autorizado para la emisión de los mal llamados “Certificados Digitales” para efectos fiscales.

Así también Reyes Kraft⁶³ refiere que la firma electrónica que permite la identificación del firmante y ha sido generada bajo su exclusivo control, conocida también como firma digital, que vincula exclusivamente al mismo con el mensaje

⁶² Vargas García, Salomón. Op. Cit. p.47.

⁶³ Reyes Krafft, Alfredo Alejandro.Op.Cit.

de datos al que se adjunta o se asocia, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éste.

Téllez⁶⁴ nos dice que simplemente el nombre que se da a cierto tipo de firma electrónica basada en el uso de criptografía asimétrica o de llave pública. Éste tipo de firma alrededor del cual se han realizado las principales inversiones, esfuerzos tecnológicos y respuestas legislativas alrededor del mundo.

Por su parte Carlino⁶⁵ comenta que aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único asociado, una privada y una pública, relacionadas matemáticamente entre sí, de forma que no sea computacionalmente factible obtener la primera por parte de quien no la posee.

Por cuanto al elemento que integran ambos autores por cuanto a la encriptación, aclaramos que es una técnica antiquísima ya utilizada por el pueblo egipcio, aplicada a la protección e integridad de la información relevante, ahora esta técnica ha evolucionado al mundo digital para poder asegurar que únicamente las partes contratantes tendrán acceso a ella, al mismo tiempo certifica la integridad y modificación que tenga el mensaje de datos que contiene; en particular la encriptación se liga al consentimiento en el contrato electrónico.

Y citamos a De la Sierra Flores Doña⁶⁶ que nos menciona las partes hacen suya las respectivas declaraciones de voluntad manifestadas electrónicamente mediante la suscripción de una firma. Esta última no es de esencia un contrato celebrado, porque el documento electrónico cumple principalmente una función probatoria de la existencia y alcance contractual, de manera similar a lo que acontece en el documento escrito. Sin embargo, las deficiencias estructurales de las comunicaciones realizadas en internet cuestionan la autenticidad de las declaraciones electrónicas realizadas con los protocolos de Internet, sin ningún

⁶⁴ Téllez Valdés, Julio. Op. Cit. p. 234.

⁶⁵ Carlino, Bernardo. Op. Cit. p. 53.

⁶⁶ De La Sierra Flores, María. *Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 2002. p. 138.

tipo de seguridad adicional, tanto en cuanto a la identidad de su autor como, como respecto de la integridad e inalterabilidad de su contenido. De aquí la importancia de las cautelas y sistemas de seguridad incorporadas a las declaraciones de voluntad contractual para que pueda hablarse de un documento electrónico auténtico y, por ahí, la posibilidad de asimilar las funciones desempeñadas por las declaraciones realizadas por escrito, en alcance de sus declaraciones de voluntad.

Así también la doctrina considera sinónimos a la firma electrónica y la firma digital, y citamos a Fernández Domingo⁶⁷ quien considera que tanto la firma electrónica como digital son términos sinónimos, es necesario intentar un concepto válido de la misma. Por su parte Rubio Torrano⁶⁸ afirma que por firma electrónica suelen entenderse ciertos procedimientos mediante los cuales alguien encripta un mensaje informático utilizando una clave privada que sólo él conoce, lo envía a su receptor a través de la red y da a conocer a éste una clave pública mediante la cual dicho receptor desencripta el mensaje y puede comprobar la identidad del emisor y la autenticidad del mensaje. En este sistema resulta fundamental la intervención de una tercera persona de confianza –o entidad de certificación- que certifica que la clave pública corresponde a quien afirma ser su titular.

Así también cita al Profesor Vattier⁶⁹ respecto a que también había definido la firma como aquella que se (basa en criptogramas de clave asimétrica, como el llamado DSA (*Digital Signature Algorithm*⁷⁰) o SET (*Secure Electronic Transaction*⁷¹), que se ha empezado a aplicar en el sector bancario).

Con las definiciones analizadas se afirma que la firma electrónica avanzada y la firma digital son sinónimos; que utiliza la encriptación asimétrica por medio del uso de llaves públicas y privadas para asegurar la protección e integridad de los datos del mensaje que contienen.

⁶⁷ Fernández Domingo, Jesús Ignacio. *Derecho de las nuevas tecnologías, La firma electrónica (Aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2006. p. 34.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Fernández Domingo, Jesús Ignacio. Op. Cit. p. 35.

⁷⁰ Nota. Traducción del autor. Algoritmo de firma digital.

⁷¹ Nota. Traducción del autor. Aseguración de Transacciones Electrónicas.

1.10 Diferencias entre la Firma Electrónica y Firma Digital.

Téllez⁷² se refiere en los siguientes términos a la firma electrónica y la firma digital al hacer un análisis de la legislación mercantil internacional sobre la firma digital las legislaciones contemplan los términos de firma electrónica y firma digital: Firma Electrónica: Chile, Venezuela y España coinciden en que es la información creada o utilizada que permite determinar su autenticidad y atribuirse a su autor. Firma digital: el estado de Utah, Colombia, Perú, Argentina, Chile, la Comunidad Europea, Alemania y España coinciden en utilizar un criptosistema asimétrico basado en el uso de un par de claves (una pública y una privada relacionadas entre sí), de tal forma que, si una persona posee el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar con certeza si la transformación se creó con la clave privada que corresponde a la clave pública del firmante y si el mensaje se modificó desde que se efectuó la transformación. España utiliza el término firma electrónica avanzada en lugar de firma digital y Chile define ambos términos.

Carlino⁷³ afirma respecto la firma electrónica o firma digital, como la mejor manera de introducir una diferenciación entre la firma electrónica y la firma digital parece ser la de empezar aclarando lo que la firma digital no es: No es la representación electrónica de una firma autógrafa, no es la firma autógrafa estampada por medio de elementos de digitalización, como, por ejemplo, un lápiz magnético aplicado sobre un tablero electrónico, no es el reconocimiento por medio biométricos, como la lectura del iris, la interpretación de huellas dactilares u otros parámetros biológicos.

Así tenemos, que mientras la firma electrónica no vincula la identidad del firmante de manera única, por lo que su autenticidad y no rechazo es cuestionable en caso de controversia entre las partes que celebran un contrato electrónico, mientras que la firma electrónica avanzada además de vincular de forma única a su firmante, los medios deben estar bajo su exclusivo control y referir de manera única a los datos

⁷² Téllez, Julio. Op. Cit. p. 245 y 246.

⁷³ Carlino, Bernardo. Op. Cit. p. 50.

que protege de modo que cualquier alteración sea detectable. Por lo que es evidente que la firma electrónica avanzada provee de mayor beneficio a los contratos electrónicos ya que garantiza la identidad del firmante, así como la autenticidad e integridad de los datos que protege.

La firma electrónica verifica una determinada acción a través de cualquier medio electrónico. Es decir, crea un antecedente en el que consta la fecha y los datos de quien lo ha introducido.

Por su parte, la firma electrónica avanzada o fiable, también llamada digital; comprende todo lo mencionado, además implica la existencia de un certificado de un organismo autorizado a través del cual se valida la identidad del individuo firmante, así como de su propia firma.

Banca electrónica o banca en línea, es la banca a la que se puede acceder mediante Internet. Con sucursales físicas o que operan por teléfono o por Internet.

1.11 La ética en los contratos.

El estudio de las normas de conducta, particularmente de las normas jurídicas tanto para la teoría general del derecho como para la lógica y la filosofía del derecho siendo la axiología en las que se basan: justicia, validez y eficacia.

Bobbio⁷⁴ quien considera que, si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólida, es necesario someter a la norma a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí. En una triplete que se integra por tres razonamientos siendo el primero si es justa o injusta, si es válida o inválida, y si es eficaz o ineficaz.

La tripartición de problemas es reconocida por los filósofos del derecho y corresponde en parte a la distinción de las tres funciones de la filosofía del derecho (la función deontológica, la ontológica y la fenomenológica) desarrollada desde inicios del siglo en la filosofía del derecho italiano, principalmente por Giorgio del Vecchio.

González Ibarra⁷⁵ comenta que la historia demostró con las aberraciones legales nazis y fascistas que el derecho injusto puede ser un eficiente y poderoso cómplice para llevar a cabo los peores crímenes “legalmente perfectos” amparados por el poder estatal del más fuerte. Sin valores el derecho no puede ni siquiera perderse, es tan sólo una forma estatal poderos, vacía de todo valor y, “¿sin valores, quiénes somos?”

El contrato por su parte tiene como elementos esenciales al: consentimiento, al objeto y la solemnidad, en los casos exigidos por la ley. Dentro de los elementos de validez se encuentran: la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin del acto y la forma en los casos en los que sea requerida por la ley.

⁷⁴ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 3ª Edición. Editorial Temis. Colombia 2007. p. 20.

⁷⁵ González Ibarra, Juan de Dios. *Metodología Jurídica Epistémica*. Fontamara. México 2006. p. 67.

En el objeto del contrato encontramos el elemento deontológico⁷⁶ como elemento esencial siendo requisito *sine qua non* que el objeto del contrato debe de ser lícito. Es importante destacar la necesidad de incluir a la axiología⁷⁷ dentro de la expresión de la voluntad de las partes contratantes. La Axiología como una disciplina auxiliar como un instrumento útil para llevar a la práctica los conceptos axiológicos como fundamento filosófico del Derecho.

Guadarrama González⁷⁸, considera que hablar de la axiología concreta significa no sólo llevar el tema de los valores a la praxis sino enriquecer todos los ámbitos de la vida del ser humano, redescubriendo los valores que existen en sus diversas manifestaciones. Citando a Miguel Bueno quien considera que la axiología concreta importa abarcar la extensa cobertura que adquiere el valor en la totalidad de la experiencia, incluyendo sus tres grandes y representativos sectores, como son la cultura, civilización y vida cotidiana.

Como bien dicen ambos autores es necesario poner en práctica la axiología en los tres ámbitos: cultura, civilización y vida cotidiana. Tendrá una consecuencia positiva en el desarrollo de la sociedad y el derecho como producto de la actividad que desarrolla el ente social. La carencia en la práctica de valores tiene consecuencias nocivas en el desarrollo armónico, la experiencia de México en la

⁷⁶ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de filosofía*. 9ª Edición. Fondo de Cultura Económica. México 1992. p. 292. Deontología. Término creado por Jeremy Bentham para designar una ciencia de lo “conveniente”, es decir, una moral fundada en la tendencia a perseguir el placer y huir del dolor y que, por lo tanto, prescinde de toda apelación a la conciencia, al deber, etc. “La teoría del deontólogo –dice Bentham- es enseñar al hombre la manera de dirigir sus emociones de modo que queden subordinadas, en cuanto es posible, a su propio bienestar”. Muy distinto de este uso es el propuesto por Rosmini, que entendió por “deontología” las ciencias normativas, esto es, las que indagan “cómo debe ser el ente para ser perfecto”. El ápice de las ciencias deontológicas sería la ética o diceosina (doctrina de la justicia).

⁷⁷ *Ibide*. P. 120. Axiología. La “teoría de los valores” fue reconocida, hace algunos decenios, como parte importante de la filosofía; aún más, se le consideró como totalidad de la filosofía denominada “filosofía de los valores” y direcciones conexas cuando, a principios de nuestro siglo, se comenzó a usar, para indicarla, la expresión axiología. Los primeros escritos en los que se encuentra tal expresión son los siguientes: P. Lapie, *Logique de la volonté*, 1902, p. 385; E. von Hartmann, *Grundriss der Axiologie* (“Compendio de axiología”), 1908; W. M. Urban, *Valuation*, 1909. El término tuvo fortuna, que no tuvo el término *timología*, propuesto para la misma ciencia (Kreibg, *Psychologische Grundlegung eines Systems der Wettheorie* (“Fundamentación psicológica de un sistema de la teoría del valor”), 1902, p.194.

⁷⁸ Guadarrama González, Álvaro. *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de derecho*. Porrúa. México 2004. pp. 85 y 86.

actualidad es un reflejo de la falta de práctica que ha conducido a una crisis de seguridad que ha volcado los ojos del mundo sobre Ayotzinapan, Guerrero.

En este siglo la axiología y la filosofía en general se volvieron pasadas de moda, y el hablar de los valores significa provocar miradas de sorpresa y hasta de incredulidad. La axiología debe ser concreta en el sentido de su aplicación a todas las manifestaciones humanas, pues están impregnadas de algún valor, y en ese sentido será realista. La axiología es una característica antropológica del ser humano, al ser el único ser que practica los valores, que han sido practicados por culturas ancestrales y existen vestigios que dan testimonio de ello.

Guadarrama González⁷⁹ afirma que los grupos indígenas actuales heredaron gran parte de esa cultura, aunque la “civilización” les haya impedido manifestarse con todos los valores que ellos conservan, porque forman parte de su vida y de su práctica cotidiana. Como señala Alan Riding en su obra *Vecinos distantes*, “los mexicanos nos sentimos muy orgullosos de nuestro pasado indígena, pero nos avergonzamos de nuestro presente indígena”. Y dice, que el problema es que esa vergüenza proviene de la ignorancia que tenemos de esos valores, pero están ahí, entre los grupos chinantecos de Oaxaca, entre los seris de Sonora o entre los zotziles de Chiapas.

Las bases axiológicas que han sido conservadas por diversos grupos indígenas a través de las generaciones en más de una ocasión se han visto en conflicto con los intereses globalizados. Muestra de ello son los conflictos entre poblados como Tepoztlán, Ocotepéc, Ahuatepec, Santa María por mencionar algunos en el estado de Morelos, han impuesto sus usos y costumbres sobre los intereses comerciales de empresas transnacionales como Nextel, Oxxo y Walmart por mencionar algunas.

González Ibarra⁸⁰, refiere que los valores del hombre en estos momentos retoman una importancia vital para la humanidad, la cultura y educación en los valores, ya

⁷⁹ Guadarrama González, Álvaro. Op. Cit. p.87.

⁸⁰ González Ibarra, Op. Cit. p. 29.

no es necesaria para la mejor convivencia humana, sino para el grado extremo de asegurar su supervivencia.

Es innegable que persiste el arraigo de una cosmovisión que preserva los recursos naturales sobre los beneficios materiales que se pone en contradicción con la imponente globalización que busca un valor económico y de consumo sobre las sociedades en masa que genera con las que se pierde la identidad y la forma de vida de sociedades ancestrales.

“La ética”⁸¹ en la contratación mercantil internacional es deseable para que por medio de ella se asegure que el derecho mercantil será empleado de forma adecuada. El derecho mercantil debe ser protegido de un uso inadecuado en el mundo global. La contratación internacional de mercaderías debe tener beneficios para ambas partes.

Por medio de la ética los contratos deben de ser equilibrados y proporcionales en el que se refleje con claridad jurídica que ambas partes obtendrán beneficios con las operaciones que protegen. La contratación como fuente de obligación debe ser equilibrada y beneficiosa para que se considere que el objeto mercantil que protege sea además de válido jurídicamente ético.

González Ibarra⁸², afirma que en la actualidad el dominio de la tecnología sobre el hombre, la relación ciber máquina- ciber máquina se impone sobre la relación

⁸¹ Abbagano, Nicolas. Op. Cit. Pp. 466 y 4667. Ética. En general, la ciencia de la conducta Existen dos concepciones fundamentales de esta ciencia, a saber: 1) la quien considera como ciencia del fin al que debe dirigirse la conducta de los hombres y de los medios para lograr tal fin y derivar tanto el fin como los medios, de la *naturaleza* del hombre; 2) la que la considera como la ciencia del *impulso* de la conducta humana e intenta determinarlo con vistas a dirigir o disciplinar la conducta misma. Estas dos concepciones, que se han entrelazado en forma diferente tanto en la Antigüedad como en el mundo moderno, son fundamentalmente distintas y hablan dos lenguajes diferentes. La primera, en efecto, habla el lenguaje del ideal al que el hombre se dirige por su naturaleza y, en consecuencia, de la “naturaleza”, “esencia” o “sustancia” del hombre. La segunda, en cambio habla de los “motivos” o de las “causas” de la conducta humana o también de las “fuerzas” que la determinan y pretende atenderse al reconocimiento de los hechos. La confusión entre estos dos puntos de vista heterogéneos fue posible por el hecho de que ambos se presentan por lo común en la forma aparentemente idéntica de una definición del *bien*. Pero el análisis de la noción de bien demuestra de inmediato al ambigüedad que oculta, ya que bien puede significar lo que es (por el hecho de ser) o lo que es objeto de deseo, aspiración, etc. Y estos dos significados corresponden justo a las dos concepciones de la É (sic). Arriba indicadas.

⁸² GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios. Op. Cit. P.98.

hombre-máquina, impera la relación conocimiento acumulado-conocimiento, aplicado por encima de la relación hombre-conocimiento, tal es el caso en la cibernética, entre software-hardware donde después está la participación del hombre.

Sin embargo, el derecho debe responder si bien es imposible que lo haga a la vez que la tecnología, también es cierto que debe responder a las necesidades de regulación de la tecnología y las limitaciones que debe existir en ellas para que se garantice la legalidad y seguridad jurídica en la era digital.

Con la implementación de un código de ética internacional que sea base y principio en las contrataciones internacionales. Se garantiza que la aplicación del derecho mercantil internacional cumpla con una base axiológica y ética que traiga como consecuencia un equilibrio en el beneficio económico en una era global.

En la que pueda existir un comercio armónico que más que contribuir a la depredación económica de ciertas regiones del globo, se convierta en un elemento regulador y protector del intercambio económico justo y con conciencia sustentable.

Es de destacar que en el comercio global ya se han tenido consecuencias de gran escala sobre la afectación ecológica que tienen varias regiones del globo, en el que no se ha protegido por medio de la axiología y la ética la explotación de los recursos no renovables. El pulmón más grande del mundo que se ubica en la selva amazónica presenta ya una importante e irreparable depredación.

El descongelamiento de los polos norte y sur, que proveen el equilibrio térmico y atmosférico del planeta ha traído consecuencias devastadoras para miles de especies que se han extinto, afectando ecosistemas completos que no podrán ser recuperados a casusa del cambio climático y la contaminación desmedida que impide su protección y sustentabilidad.

Por lo que es necesario y prioritario la expedición internacional de un código de ética en la contratación internacional de mercaderías que garantice que la

explotación de los recursos no renovables se hará de forma racional y sustentable, protegiendo y beneficiando a las partes que prueben que sus tratos comerciales beneficien el equilibrio ecológico y la sustentabilidad del comercio.

El ignorar y no priorizar esta realidad que pone en peligro el desarrollo sustentable del comercio tendrá consecuencias nefastas en muy corto plazo. La acción internacional de protección al comercio de especies y recursos en peligro de extinción, no sólo garantiza la practica axiológica y ética del comercio sino más aún garantiza que los efectos de la globalización económica y comercial.

Pueden ser transformados de depredadores a protectores de la sustentabilidad y el equilibrio económico global. El compromiso de los actores internacionales del comercio es necesario y debe ser oportuno, ya que de continuar con la ignorancia e indiferencia de los efectos nocivos que se han generado con el comercio global pondría en peligro la subsistencia del hombre en sociedad.

1.12 Principios de la Organización Mundial del Comercio.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es el organismo internacional que se encarga de las normas que rigen el comercio entre los países. Los acuerdos más importantes de la OMC, han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial.

Se establece el 1 de enero de 1995, tras la conclusión de las negociaciones de la Ronda Uruguay. Actualmente cuenta con 162 miembros, que representan cerca del 98% de los flujos de comercio a nivel mundial. Siendo la sucesora del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) que reguló el comercio internacional desde su suscripción en 1947.

Mientras que el GATT era un acuerdo aplicable al comercio de mercancías, la OMC es una organización de carácter mundial que se fundó sobre la base de éste, pero que lo expande a 13 acuerdos más, que abarcan diversos ámbitos del comercio de bienes. Además, incorpora un Acuerdo General para el Comercio de Servicios (AGCS, GATS en inglés) y un Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, TRIPS en inglés). También, la OMC posee un Mecanismo de Solución de Diferencias reforzado y un Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales para todos los Miembros.

La OMC tiene el propósito de contribuir a que las corrientes comerciales circulen con fluidez, libertad, equidad y previsibilidad; para la cual administra y aplica los acuerdos comerciales multi y plurilaterales, sirve de foro para la celebración de negociaciones comerciales multilaterales, entrega asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo, coopera con otras instituciones internacionales que participan en la adopción de políticas económicas y/o tengan relación directa con el comercio a nivel mundial, resolver controversias comerciales y supervisar las políticas comerciales nacionales.

De acuerdo a la OMC el comercio internacional debe desarrollarse respetando los siguientes principios: 1) Nación más favorecida NMF: igual trato para todos los demás, 2) Trato nacional: igual trato para nacionales y extranjeros, 3) Comercio más libre: de manera gradual, mediante negociaciones, 4) no discriminación, transparencia, previsibilidad, competencia leal, trato especial y diferenciado.

1. Nación más favorecida NMF: En virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás Miembros de la OMC.

Este principio se conoce como el trato de la nación más favorecida (NMF) tiene tanta importancia que es el primer artículo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que regula el comercio de mercancías. El principio NMF es también prioritario en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) (artículo 2⁸³) y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (artículo 4⁸⁴), aunque

⁸³ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Artículo II. Trato de la nación más favorecida 1. Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país. 2. Un Miembro podrá mantener una medida incompatible con el párrafo 1 siempre que tal medida esté enumerada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo. 3. Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretarán en el sentido de impedir que un Miembro confiera o conceda ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.

⁸⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) Artículo 4. Trato de la nación más favorecida. Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros. Quedan exentos de esta obligación toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedidos por un Miembro que: a) se deriven de acuerdos internacionales sobre asistencia judicial o sobre observancia de la ley de carácter general y no limitados específicamente a la protección de la propiedad intelectual; b) se hayan otorgado de conformidad con las disposiciones del Convenio de Berna (1971) o de la Convención de Roma que autorizan que el trato concedido no esté en función del trato nacional sino del trato dado en otro país; c) se refieran a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, que no estén previstos en el presente Acuerdo; d) se deriven de acuerdos internacionales relativos a la protección de la propiedad intelectual que hayan entrado en vigor antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, a condición de que esos acuerdos se

en cada Acuerdo este principio se aborda de manera ligeramente diferente. En conjunto, esos tres Acuerdos abarcan las tres esferas principales del comercio de las que se ocupa la OMC.

Se permiten ciertas excepciones. Por ejemplo, los países pueden establecer un acuerdo de libre comercio que se aplique únicamente a los productos objeto de comercio dentro del grupo y hacer discriminaciones con respecto a los productos de terceros países, otorgar acceso especial a sus mercados a los países en desarrollo, o bien un país puede poner obstáculos a los productos que se consideren objeto de un comercio desleal procedentes de países específicos.

Y, en el caso de los servicios, se permite que los países, en ciertas circunstancias restringidas, apliquen discriminaciones. Sin embargo, los acuerdos sólo permiten estas excepciones con arreglo a condiciones estrictas. En general, el trato NMF significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, tiene que hacer lo mismo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes.

2. Trato nacional: Igual trato para nacionales y extranjeros. Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios extranjeros y los nacionales, y en el de las marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor y las patentes extranjeras y nacionales.

Este principio de “trato nacional” (dar a los demás el mismo trato que a los nacionales) figura también en los tres principales Acuerdos de la OMC (artículo 3⁸⁵) del GATT, artículo 17⁸⁶ del AGCS y artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC),

notifiquen al Consejo de los ADPIC y no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable contra los nacionales de otros Miembros.

⁸⁵ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Artículo III. Funciones de la OMC. 1. La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales. 2. La OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de

aunque también en este caso se aborda en cada uno de ellos el principio de manera ligeramente diferente.

El trato nacional sólo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual ha entrado en el mercado. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión del trato nacional, aunque a los productos fabricados en el país no se les aplique un impuesto equivalente.

3. Comercio más libre: de manera gradual, mediante negociaciones

La reducción de los obstáculos al comercio es uno de los medios más evidentes de alentar el comercio. Esos obstáculos incluyen los derechos de aduana (o aranceles) y medidas tales como las prohibiciones de las importaciones o los contingentes que restringen selectivamente las cantidades importadas. Ocasionalmente se han debatido también otras cuestiones, como el papeleo administrativo y las políticas cambiarias.

Desde la creación del GATT, en 1947-48, se han realizado ocho rondas de negociaciones comerciales. Actualmente está en curso una novena ronda, en el

los acuerdos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial. 3. La OMC administrará el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (denominado en adelante "Entendimiento sobre Solución de Diferencias" o "ESD") que figura en el Anexo 2 del presente Acuerdo. 4. La OMC administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (denominado en adelante "MEPC") establecido en el Anexo 3 del presente Acuerdo. 5. Con el fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, la OMC cooperará, según proceda, con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y sus organismos conexos.

⁸⁶ Acuerdo general sobre el comercio de servicios. Artículo XVII. Trato nacional 1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios. Todo podrá lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares. 3. Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.

marco del Programa de Doha para el Desarrollo. Al principio, estas negociaciones se centraban en la reducción de los aranceles (derechos aduaneros) aplicables a las mercancías importadas. Como consecuencia de las negociaciones, a mediados del decenio de 1990 los aranceles aplicados por los países industrializados a los productos industriales habían ido bajando de forma ininterrumpida, hasta situarse en menos del 4 por ciento.

Por otra parte, en el decenio de 1980 las negociaciones se habían ampliado para incluir los obstáculos no arancelarios aplicados a las mercancías y esferas nuevas como las de los servicios y la propiedad intelectual.

La apertura de los mercados puede ser beneficiosa, pero también exige una adaptación. Los Acuerdos de la OMC permiten que los países introduzcan cambios gradualmente, mediante una “liberalización progresiva”. Por lo general, los países en desarrollo disponen de plazos más largos para cumplir sus obligaciones.

4. Previsibilidad: mediante consolidación y transparencia volver al principio

A veces, la promesa de no aumentar un obstáculo al comercio puede ser tan importante como reducir otro, ya que la promesa permite que las empresas tengan una visión más clara de sus oportunidades futuras. Mediante la estabilidad y la previsibilidad se fomentan las inversiones, se crean puestos de trabajo y los consumidores pueden aprovechar plenamente los beneficios de la competencia: la posibilidad de elegir precios más bajos. El sistema multilateral de comercio constituye un intento de los gobiernos de dar estabilidad y previsibilidad al entorno comercial.

Aumento de las consolidaciones en la Ronda Uruguay. Porcentajes de aranceles consolidados antes y después de las negociaciones de 1986-94

	Antes	Después
Países desarrollados	78	99
Países en desarrollo	21	73
Economías en transición	73	98

(Se trata de líneas arancelarias, de modo que los porcentajes no están ponderados en función del volumen o el valor del comercio.)

En la OMC, cuando los países convienen en abrir sus mercados de mercancías y servicios, “consolidan” sus compromisos. Con respecto a las mercancías, estas consolidaciones equivalen a límites máximos de los tipos arancelarios. En algunos casos, los derechos de importación aplicados son inferiores a los tipos consolidados. Esto suele ocurrir en los países en desarrollo. En los países desarrollados los tipos efectivamente aplicados y los consolidados tienden a ser iguales.

Un país puede modificar sus consolidaciones, pero sólo después de negociarlo con sus interlocutores comerciales, lo que puede significar que tenga que compensarlos por la pérdida de comercio. Uno de los logros de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay consistió en incrementar la proporción del comercio sujeto a compromisos vinculantes (véase el cuadro). En la agricultura, el 100 por ciento de los productos tienen actualmente aranceles consolidados. El resultado de todo ello es un grado considerablemente mayor de seguridad de los mercados para los comerciantes y los inversores.

El sistema trata también de mejorar la previsibilidad y la estabilidad por otros medios. Uno de ellos consiste en desalentar la utilización de contingentes y otras medidas empleadas para fijar límites a las cantidades que se pueden importar (la administración de los contingentes puede dar lugar a un aumento del papeleo administrativo y a acusaciones de conducta desleal). Otro medio es hacer que las normas comerciales de los países sean tan claras y públicas (“transparentes”) como sea posible. En muchos de los Acuerdos de la OMC se exige que los

gobiernos divulguen públicamente sus políticas y prácticas en el país o mediante notificación a la OMC. La supervisión periódica de las políticas comerciales nacionales por medio del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales constituye otro medio de alentar la transparencia tanto a nivel nacional como multilateral.

Fomento de una competencia leal. La OMC en algunas ocasiones es descrita como una institución de “libre comercio”, lo que no es completamente exacto. El sistema permite la aplicación de aranceles y, en circunstancias restringidas, otras formas de protección. Es más exacto decir que es un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones.

Las normas sobre no discriminación —NMF y trato nacional— tienen por objeto lograr condiciones equitativas de comercio. Así como también lo son las normas relativas al dumping (exportación a precios inferiores al costo para adquirir cuotas de mercado) y las subvenciones. Las cuestiones son complejas y las normas tratan de establecer lo que es leal o desleal y cómo pueden responder los gobiernos, en particular mediante la aplicación de derechos de importación adicionales calculados para compensar el daño ocasionado por el comercio desleal.

Muchos de los demás Acuerdos de la OMC están destinados a apoyar la competencia leal, por ejemplo, en la agricultura, la propiedad intelectual y los servicios. El Acuerdo sobre Contratación Pública (que es un acuerdo “plurilateral” porque sólo ha sido firmado por algunos de los Miembros de la OMC) hace extensivas las normas en materia de competencia a las compras realizadas por miles de entidades públicas de muchos países. Y así sucesivamente.

El sistema de la OMC contribuye al desarrollo. Por otra parte, los países en desarrollo necesitan flexibilidad en cuanto al tiempo preciso para aplicar los Acuerdos del sistema. Y a su vez los Acuerdos incorporan las disposiciones anteriores del GATT que prevén asistencia y concesiones comerciales especiales para los países en desarrollo.

Más de las tres cuartas partes de los Miembros de la OMC son países en desarrollo y países en transición a economías de mercado. Durante los siete años y medio que duró la Ronda Uruguay, más de 60 de esos países aplicaron autónomamente programas de liberalización del comercio. Al mismo tiempo, los países en desarrollo y las economías en transición fueron mucho más activos e influyentes en las negociaciones de la Ronda Uruguay que en ninguna ronda anterior, y aún lo son más en el actual Programa de Doha para el Desarrollo.

Al finalizar la Ronda Uruguay, los países en desarrollo estaban dispuestos a asumir la mayoría de las obligaciones que se imponen a los países desarrollados. No obstante, los Acuerdos les concedían períodos de transición para adaptarse a las disposiciones —menos conocidas y quizás más difíciles— de la OMC, especialmente en el caso de los más pobres, los países “menos adelantados”. En una Decisión Ministerial adoptada al final de la Ronda se dice que los países más ricos deben acelerar la aplicación de los compromisos en materia de acceso a los mercados que afecten a las mercancías exportadas por los países menos adelantados, y se pide que se les preste una mayor asistencia técnica. Más recientemente, los países desarrollados han empezado a permitir la importación libre de aranceles y de contingentes de casi todos los productos procedentes de los países menos adelantados. En todo ello la OMC y sus Miembros atraviesan aún un proceso de aprendizaje. El actual Programa de Doha para el Desarrollo incluye las preocupaciones de los países en desarrollo por las dificultades con que tropiezan para aplicar los acuerdos de la Ronda Uruguay.

Que de cómo resultado: 1) Normas internacionales claras que aseguren las corrientes comerciales y circulen con la máxima facilidad, previsibilidad y libertad posible, 2) Interpretación de acuerdos y compromisos, para alcanzar un entorno económico mundial más próspero, tranquilo y fiable (para importadores y exportadores) con mayor coercibilidad de la política comercial (empresas, particulares y gobiernos), y 3) Liberalización multilateral, que reduce y elimina las barreras comerciales.

1.13 Epistemología y Globalización del Contrato de Compra venta electrónico.

La ciencia de la mente nos ayuda a razonar que es lo que hacemos y por qué lo hacemos alejándonos de la mecánica del pensamiento jurídico.

González Ibarra, nos dice dejemos de ser obreros del Derecho para convertirnos en verdaderos investigadores del Derecho. En este campo juega un papel fundamental la epistemología, auxiliada con todos los medios modernos que tenemos a nuestro alcance como son, la inteligencia artificial, el pensamiento lateral y las nuevas técnicas para facilitar el aprendizaje, como la nemotecnia y la lógica matemática.

La epistemología jurídica es importante para que la ciencia jurídica florezca y se desarrolle sobre fundamentos filosóficos sólidos. Que se traduce en beneficio a las sociedades que regula, con fuentes formales del derecho mercantil: ley, costumbre y usos mercantiles, y jurisprudencia; que tengan reflejo y empatía con las necesidades sociales.

Howard Gardner⁸⁷, quien desarrolla la teoría de las diferentes inteligencias del hombre en la que nos dice en que forma el humano usa su raciocinio, y como en muchos de los casos es totalmente lógico. Afirma que, gracias al advenimiento de los estudios universitarios, al veloz desarrollo de la tecnología, y al desarrollo de una sociedad a la vez opulenta y asediada por nuevos problemas económicos y sociales, empezaron a conformarse (con una diferencia de décadas entre una y otra) las disciplinas de la psicología, la lingüística, la antropología y la neurociencia. El eje central de cada una de ellas difería, pero el prototipo de nuestra ciencia cognitiva tuvo su antecedente en la premisa de que el comportamiento y el pensamiento del hombre habían evolucionado a lo largo de los milenios, se había evolucionado a lo largo de los milenios, se había adaptado a diversos ambientes en que se desarrollaron las civilizaciones, y podían someterse

⁸⁷ Gardner, Howard. *La nueva ciencia de la mente*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1996, pp.318, 387 - 388.

a estudio mediante métodos empíricos y quizás experimentales. Al fin sería posiblemente tal vez, ofrecer respuestas seguras frente a los antiguos interrogantes sobre la percepción, el lenguaje, la clasificación y la razón.

Castrillón y Luna⁸⁸ dice que la globalización en su génesis y desarrollo se presenta como una constelación de fenómenos y proceso, de conceptos y usos que ha emergido a partir de 1980 y cuyos principales factores, aspectos y polos se manifiestan en la conjunción y entrelazamiento de un nuevo orden internacional de alta concentración de poder a escala mundial como son; la tercera revolución industrial y científica tecnológica, la transnacionalización de las empresas, una nueva división mundial del trabajo y un proyecto político de globalización que corresponde a un nuevo modelo de crecimiento neocapitlista.

Por cuanto a la ciencia jurídica el lenguaje tiene un desatacado papel en su desarrollo. Las codificaciones y procesos jurídicos se registran a través del lenguaje alrededor del mundo. Incluso podemos afirmar que la ciencia jurídica ha desarrollado su propio lenguaje que en todo tiempo y lugar debe ser claro y preciso.

Guadarrama González⁸⁹, señala que dentro del campo del Derecho el lenguaje es un instrumento de comunicación cada vez más importante. Ya sea en el derecho común sajón donde la comunicación es oral en su mayor parte o en nuestro sistema romano- canónico-germánico, donde la forma principal de comunicación es el lenguaje escrito, éste debe ser una expresión clara, precisa que pueda presentar el grado de conocimientos y de identificación que se tenga del Derecho.

Ahora bien, con el advenimiento de las tecnologías de la información nos encontramos ante un nuevo paradigma, en el que el derecho encuentra un nuevo escenario ya no es escrito ni es oral el derecho se transforma a la era digital. Que se traduce en un lenguaje líquido que recorre el mundo en menos de un segundo

⁸⁸ Castrillón y Luna, Víctor Manuel. *Derecho internacional*, Porrúa, México. p. 33.

⁸⁹ Guadarrama González. Op. Cit. p. 99.

y a través del cual se pueden generar contratos comerciales que obligan a personas que se encuentran a distancia.

Ortega Díaz⁹⁰, explica que en la búsqueda de una definición concreta del concepto de documento electrónico, podemos señalar que este es, simplemente, una secuencia informática de bits en código binario (unos y ceros) que pueden representar cualquier tipo de información. La cuestión ineludible, que se nos presenta, es analizar si el documento electrónico es o no documento. La respuesta debe ser afirmativa pues la figura del documento electrónico se ajusta perfectamente a la naturaleza documental, añadiéndosele únicamente dos características importantes: 1º) la ausencia de papel y firma manuscrita, y 2º) una formación producida mediante algún instrumento informático o electrónico.

A consecuencia de la implementación de los medios electrónicos en la celebración de contratos como fuente de obligaciones jurídicas es necesario que el cúmulo de normas que en materia mercantil existen y tienen plena vigencia se adapten al nuevo e incipiente entorno digital.

Como explica el autor que referimos no se trata de un nuevo formato no a un cambio en la esencia de los sino a un cambio en la esencia de los elementos del contrato, simplemente se le añaden dos características que lo distinguen de los contratos en papel, que son la ausencia del papel y la firma escrita así como la intervención de las tecnologías de la información en la generación del mismo.

Tellez⁹¹ nos comenta que de acuerdo con la ONU, la *revolución* digital en las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) ha creado una plataforma para el libre flujo de información, ideas y conocimientos en todo el planeta. Internet se ha convertido en un importante recurso, que resulta vital tanto para el mundo desarrollado por su función de herramienta social y comercial, como para el mundo en crecimiento por su función de pasaporte para la participación equitativa y la evolución económica, social y educativa. El objetivo de

⁹⁰ Ortega Díaz, Juan Francisco. *Contratación, Notarios y Firma Electrónica*. Universidad de los Andes. Colombia, 2010. p.60.

⁹¹ Téllez Valdéz. Julio. *Derecho Informático*. Cuarta Edición. Mc Graw Hill. México 2010. p.138.

la cumbre Mundial de la Información es garantizar que estos beneficios sean accesibles para todos y fomentar ciertas ventajas específicas en algunos campos, como estrategias, comercio electrónico, gobierno electrónico, salud, educación, alfabetización, diversidad cultural, igualdad de género, desarrollo sustentable y protección del medio ambiente.

De los cuales resulta de nuestro interés el énfasis en el desarrollo del comercio electrónico y la implementación de los contratos electrónicos en el desarrollo del Comercio Global. El principio del comercio se ha mantenido casi inmutable desde su origen hacia el “neolítico”⁹², es decir, el intercambio de producto es la finalidad y origen del comercio. Desde luego, el comercio como toda actividad social ha sufrido una evolución que va de la mano con las transformaciones sociales que en la actualidad principalmente se rigen por factores económicos mundiales.

“La globalización”⁹³ ha generado la transformación de la sociedad, desde el punto de vista económico, político y social; la constante generación de tecnología aunado al frecuente uso del “internet”⁹⁴ y la “banca electrónica”⁹⁵, han permitido vislumbrar una nueva forma de distribución comercial y acceso a productos, que son el fundamento de la denominada economía virtual.

En lo que se ha denominado la “tercera ola” de la telecomunicaciones: la primera refiere a la conexión de ordenadores “intra net”⁹⁶; la segunda relacionó la

⁹² La Real Academia de la Lengua Española. Refiere lo siguiente: “neolítico, ca. (De neo- y lítico1). 1. adj. Se dice del último período de la Edad de Piedra, que supuso una revolución en muchos aspectos de la vida del hombre. U. m. c. s. m.”. Consultado 24/04/16. <http://lema.rae.es/drae/?val=neolitico>.

⁹³ La Real Academia de la Lengua Española. Refiere lo siguiente: “globalización. 1. f. Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales.” Consultado 24/04/16. <http://lema.rae.es/drae/?val=globalizacion>.

⁹⁴ La Real Academia de la Lengua Española. Diccionario De La Lengua Española, “internet. 1. amb. Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación. ORTOGR. Escr. t. con may. inicial.”

⁹⁵ Banca virtual, banca en línea, e-banking o genéricamente banca electrónica, es la banca a la que se puede acceder mediante Internet. Pueden ser entidades con sucursales físicas o que sólo operan por Internet o por teléfono.

⁹⁶ Memoire on line. *TIC et GRH par Faical Zoubir et Kamal Lakhrif Université Ibn Zohr, Master 2007*. Consultado 24/04/16. http://www.memoireonline.com/07/08/1408/m_TIC--et--GRH1.html.

información de nuevas maneras mediante la World Wide Web; y la tercer está unida a los procesos comerciales, transacciones bancaria y el intercambio de bienes.

Este cúmulo de aplicaciones del Internet a las actividades comerciales es lo que conocemos como “comercio electrónico” que definiremos con toda exactitud mas adelante. Ante la modernización de los procesos comerciales es imperante que el sistema jurídico internacional, cumpla con eficiencia y seguridad los principios fundamentales CNUDMI para el comercio electrónico: no discriminación, neutralidad respecto a los medios electrónicos, y equivalencia funcional; con lo que se garantiza la seguridad y certeza jurídica a las operaciones del comercio electrónico.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en lo sucesivo CNUDMI (también conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL)⁹⁷ es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Este órgano jurídico es de composición universal, y está dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial con una tradición de más 40 años. El objetivo principal de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, los instrumentos que elabora poseen un estimable valor orientador.

La modernización del comercio se refleja de forma directa en el acelerado crecimiento, y mejora de la tecnología que rige a las sociedades modernas que rompe fronteras a través de la globalización, la aportación de CNUDMI a esta

“L'intranet peut être définie comme un moyen servant à relier plusieurs employés dans l'entreprise par le biais du réseau local dans le but de faciliter leur communication, leur collaboration et la gestion de leur travail à travers un simple navigateur. C'est un moyen simple de partager les informations à l'intérieur de l'entreprise, surtout quand toutes les unités ne se trouvent pas sur le même site permettant à l'utilisateur de disposer d'une interface identique quel que soit le poste de travail auquel il se connecte.” Traducción del autor. Una intranet puede ser definido como un medio para la conexión de varios empleados de la empresa a través de la red local con el fin de facilitar la labor de la comunicación, la colaboración y la gestión a través de un simple navegador. Esta es una forma sencilla de compartir información dentro de la compañía, especialmente cuando todas las unidades no están en el mismo sitio que permite al usuario tener una interfaz idéntica independientemente de la posición de trabajo al que se conecta.

⁹⁷ Nota del Autor. Cuya denominación en Inglés es “*United Nations Commission on International Trade Law*” cuyas siglas son *UNCITRAL*.

transformación tecnológica es la elaboración de normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales en todo el mundo.

Entre las actividades principales de CNUDMI se destacan la elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial, preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico, presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno, prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación, así como la organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

Es de nuestro interés destacar la primera de las actividades antes enunciadas consistente en la *Elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial*, debido a que en lo sucesivo nos avocaremos al estudio de la Ley Modelo CNUDMI en materia de Comercio Electrónico, no sin antes mencionar que la labor que hace este organismo internacional en materia mercantil es de suma importancia y reconocimiento a nivel mundial.

La necesidad de una legislación adecuada en materia mercantil es una necesidad que ha observado la comunidad internacional desde los años noventa, como ya se ha comentado con anterioridad, la tecnología crea un gran impacto en las relaciones comerciales de la comunidad mundial.

Ortega Díaz⁹⁸, comenta la ONU, por medio de la CNUDMI, consciente de la importancia que en el futuro alcanzarán los contratos electrónicos para el comercio mercantil internacional, ha propiciado también la elaboración de un cuerpo normativo que regule sus problemas concretos. Fruto de este esfuerzo surgieron dos corpus que, aunque carentes de fuerza jurídica, tienen, en la práctica gran trascendencia como fuente de influencia en las legislaciones internas de los Estados: la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, acompañada de su Guía para la incorporación al Derecho Interno, aprobada mediante la resolución 51/162 de la

⁹⁸ Ortega Díaz, Juan Francisco. *Contratación, Notarios y Firma Electrónica*. Temis. Colombia. 2010. pp. 6 y 7.

Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1996, y la Ley Modelo de las Firmas Electrónicas, adoptada por el mismo órgano el 5 de julio de 2001.

Como lo menciona el autor aun cuando los documentos que generó la CENUDMI-UNCITRAL no son obligatorios, también es cierto que son ampliamente reconocidos por los Estados miembros y no miembros de la ONU, ya que se considera a este órgano internacional la más alta autoridad en materia de regulación mercantil internacional.

La Ley Modelo sobre 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 al trato dado a la información electrónica. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar así la eficacia en el comercio internacional.

Al respecto Castrillón y Luna⁹⁹, refiere que mediante Resolución 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1996, se aprobó la Ley Modelo de UNCITRAL, con lo cual se dio a las transacciones que se realizan a través del comercio electrónico una seguridad con la que no contaba con anterioridad, ya que se enfatizan aspectos tales como la certeza en la autenticación de los mensajes y su verificación, previo convenio de las partes que lleven a cabo tales operaciones, utilizando claves o códigos especiales.

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

⁹⁹ Castrillón y Luna, Víctor Manuel. Tratado de Derecho Mercantil. Op. Cit. p. 1275.

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 principio de la equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel. En particular, enuncia los requisitos concretos que deben cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos, como los de "escrito", "original", "firma", y "documento".

Además de formular los conceptos jurídicos de no discriminación, neutralidad respecto de los medios técnicos y equivalencia funcional, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico establece normas para la formación y la validez de los contratos concertados por medios electrónicos, para la atribución de los mensajes de datos, para el acuse de recibo y para la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes de datos.

Conviene señalar que determinadas disposiciones de la Ley Modelo fueron enmendadas por la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales a raíz de las recientes prácticas seguidas en el comercio electrónico. Además, se ha complementado la parte 2 de la Ley Modelo, relativa al comercio electrónico en relación con el transporte de mercancías, con otros textos legislativos, como el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o

Parcialmente Marítimo ("las Reglas de Rotterdam"), y tal vez sea objeto de una labor suplementaria de la CNUDMI en el futuro.

Cinco años después de la emisión de la Ley Modelo en materia de Comercio Electrónico, la CNUDMI/UNCITRAL emite un nuevo ordenamiento que complementa la regulación en materia de comercio electrónico a través de la implementación y regulación de la firma electrónica.

Castrillón y Luna¹⁰⁰, dice que los métodos de autenticación electrónica y las firmas manuscritas, con la finalidad de fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en la negociación de contratos internacionales, ofreciendo soluciones prácticas y estableciendo reglas uniformes para regular cuestiones contractuales sustantivas que no estén directamente relacionadas con la utilización de comunicaciones electrónicas, para asegurar la eficacia de las comunicaciones electrónicas.

Así la ley en materia de firma electrónica provee de seguridad y certeza jurídica a la contratación que se hace a través de los medios electrónicos, un requisito indispensable para que pueda ser factible la equivalencia funcional.

Por otra parte, Martínez Nadal¹⁰¹ afirma que su finalidad, en todo caso, es promover una utilización eficaz de las comunicaciones digitales estableciendo un marco de seguridad y dando a los mensajes digitales un estatuto igual al de los mensajes escritos en cuanto a sus efectos jurídicos.

Así tenemos que los efectos que tiene la inserción de la firma electrónica en un contrato celebrado por medios digitales tiene un doble beneficio, porque además de tener certeza jurídica sobre la identidad de las partes que celebran el contrato, también es posible determinar asegurar los términos en que se obligan las partes y los alcances jurídicos del contrato que celebran por consecuencia es posible conceder la equivalencia funcional a los acuerdos con plenos efectos jurídicos.

¹⁰⁰ Castrillón y Luna, Víctor Manuel. Tratado de Derecho Mercantil. Op. Cit. p. 1276.

¹⁰¹ Martínez Nadal, Apol-Lónia. *Comercio Electrónico, firma y autoridades de certificación*. Civitas Ediciones. España. 2002. p.108.

Por cuanto al primero de los elementos, es decir, la certeza jurídica sobre la identidad de las partes Martínez Nadal¹⁰² nos dice que la asignación de riesgos y responsabilidad de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto de la utilización de técnicas de certificación es una de las cuestiones cuyo examen encomendó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI-UNCITRAL, al grupo de trabajo sobre comercio electrónico, y es también una de las más polémicas y debatidas ... tras discutir la definición de firma electrónica y digital, y los efectos de las mismas, se ha centrado en las autoridades de certificación, y, de forma básica, en la responsabilidad de estas entidades (además de abordar también el tema de la responsabilidad del titular de la clave privada en caso de uso no autorizado de la mismas). Y desde entonces, y en sus sucesivas reuniones (la última de ellas celebrada del 6 al 17 de septiembre de 1999, en su trigésimo quinto periodo de sesiones) se va avanzando en la elaboración de un proyecto de régimen uniforme para la firma electrónica.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), Como su nombre lo indica, ella tiene por objetivo de instaurar un régimen uniforme con respecto a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En la época de su negociación la Red, conocida en esos tiempos como el Arpanet, ya existía, tenemos que recordar que fue una red esencialmente universitaria, cerrada a los operadores comerciales.

Esto explica porque la Convención no es destinada a regir las actividades comerciales en el espacio virtual. Con la consagración del comercio electrónico, muchos juristas reclaman una revolución del derecho; en verdad se necesita solamente una adaptación. Compartimos la opinión con relación a la Ley uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías.

Por lo que al tener el precedente internacional de ambas leyes modelo en materia de comercio electrónico y firma electrónica es necesario construir la epistemología

¹⁰² Ibídem. P. 109.

de la contratación mercantil internacional. Que consiste en la actualización de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías que contemple los Contratos celebrados por medios electrónicos.

Que responda a las necesidades y desarrollo del comercio internacional de mercaderías que provea de equidad, modernidad y desarrollo sustentable que proteja al medio ambiente. Con la modernización y reconocimiento internacional de la contratación por medio electrónicos la ciencia jurídica responderá a los avances tecnológicos con un documento mercantil internacional que proteja la mas moderna y utiliza forma del comercio que constituye el comercio internacional global.

1.14 Conclusiones.

Es necesario construir una nueva Teoría General del Derecho de las Obligaciones, que se aparte de la tradición jurídica de regular a los contratos de compraventa sobre hechos fácticos, realizados entre personas presentes que firman de puño y letra un contrato en papel, característico del siglo XIX.

La era digital y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Tecnologías de la Información y la Comunicación, nos fuerzan a revisar la construcción del Derecho General de las Obligaciones respecto a la contratación; para ser renovada y adecuarla al documento digital, con firmas electrónicas entre personas ausentes. Que se alinea con la realidad plural interactiva, económica, internacional y tecnológica del Siglo XXI.

El Derecho Privado de Obligaciones y Contratos Mercantiles tiene que examinar los instrumentos internacionales y nacionales, para adaptarlos a la era digital en un entorno globalizante en el que no puede dejarse al libre albedrío de las partes la normatividad mercantil. No podemos olvidar, que debe garantizarse un comercio en el que se proteja el intercambio comercial justo y equilibrado para todas las naciones.

La teoría anglosajona que prefiere dejar el libre albedrío a las partes, establece un escenario neoliberal, en un mundo global plagado de desigualdad económica que en buena medida está involucrado el comercio. Renovar la CCIM a la contratación por medios electrónicos garantizará un marco jurídico uniforme, a las compraventas internacionales de mercaderías, evitando conflictos en las legislaciones nacionales y creando un entorno seguro y equitativo.

CAPITULO SEGUNDO

2. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CCIM)

2.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCIM). 2.2. Origen de la CCIM. 2.3. Importancia de la CCIM en el comercio mundial. 2.3. Características de la CCIM, “armonización” o “unificación” del Derecho Internacional Privado. ¿Es la CCIM un instrumento internacional cerrado? ¿Es aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales?. 2.5. Ámbito de aplicación de la CCIM. 2.6. La CCIM y el comercio electrónico. 2.7. La interpretación y aplicación de la CCIM al resolver controversias. 2.8. Cuadro normativo base de la compraventa en la CCIM. 2.9. ¿Es la CCIM una norma uniforme?. 2.10. ¿Qué interacción tiene México en la compraventa internacional de mercaderías?. 2.11. ¿Aplicación de la CCIM y su interacción con la legislación nacional? 2.12. ¿La CCIM permite la formación de contratos a través de las tecnologías de la información?. 2.13. La CCIM y la batalla de las formas. 2.14. Formación y modificación del Contrato. 2.15 Conclusiones.

2.1 La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías (CCIM).

Un primer problema que se plantea al tratar de la Convención de Viena, es el encontrar una abreviatura adecuada, que varía según los idiomas. Diversos acrónimos han tenido éxito entre la doctrina a la hora de referirse a la Convención. En la doctrina y jurisprudencia anglosajonas se ha impuesto CISG, acrónimo de *Convention on International Sale of Goods*. En la jurisprudencia francesa predomina CVIM, por *Convention sur le Vente Internationale de Marchandises*. En italiano se ha seguido la misma abreviatura, aunque autores como Franco Ferrari han optado por el acrónimo inglés. En Alemania han aparecido acrónimos como: WKR (*Wiener Kaufrecht*), UNKR (*UN-Kaufrecht*), KÜ, (*Kauf Übereikommen*), etc.

No obstante, predomina el acrónimo inglés (CISG), tanto en los índices de las revistas jurídicas, como en la doctrina, así como en algunas sentencias. Si bien la jurisprudencia alemana usa indistintamente el de CISG y el de UN- Kaufrecht. En España no se ha adoptado un criterio uniforme. Otros autores han empleado la correcta, pero compleja, CNUCCIM (Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). No obstante, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), utiliza el acrónimo CCCIM (convención sobre compraventa internacional de mercaderías) en la versión española de su repertorio de resúmenes de jurisprudencia y es esta abreviatura la que emplearemos.

Debido al esfuerzo conjunto de los Estados Unidos y la República Popular China de adherirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías (en lo sucesivo CCIM) en diciembre de 1986, finalmente la convención entró en vigor el 1 de enero de 1988. Desde entonces, la CCIM ha sido una verdadera historia de éxito mundial con 83 Estados miembros -aproximadamente un tercio de los llamados países desarrollados y un tercio de los llamados países en transición- donde la CCIM finalmente ganó su “*momentum*”.

Respecto a la importancia y trascendencia de la CCIM Schwenzwer¹⁰³ comenta que de acuerdo con las estadísticas comerciales de la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo OMC), nueve de los diez mayores países en exportación e importación son Estados contratantes excepto el Reino Unido. Así que aproximadamente el 80% de todos los contratos de compraventa internacional se rige por la CCIM.

Por otra parte, un verdadero gran éxito es la fuerte influencia que la CCIM ha ejercido tanto a nivel internacional como nacional. Entre las más importantes instituciones destacan el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en lo sucesivo Unidroit), la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (en lo sucesivo OHADA) así como la ley común de compraventa europea. También tuvo efecto en los sistemas de los Estados de la comunidad internacional, directamente en la modernización del derecho contractual de la República Popular China, Europa del Este, Alemania, Japón o Corea del Sur, por mencionar algunos; durante los últimos 15 a 20 años todos los legisladores e instituciones implicadas en la reforma de la ley en gran medida se han basado e invocado a la CCIM.

No obstante, el gran éxito que implica la CCIM, como todo instrumento de Derecho tiene áreas de oportunidad y críticas, el principal enemigo de una convención de esta naturaleza es la falta de actualización. Así tenemos que la CCIM como ya lo hemos mencionado anteriormente, no ha podido ser actualizada a la par del advenimiento de las tecnologías de la información, una de las razones es que se trata de un instrumento internacional del llamado “derecho duro” o “*hard law*” en inglés. Por lo tanto, su actualización no ha sido posible hasta el momento.

En la actualidad la comunidad internacional atraviesa un momento de desencanto hacia los instrumentos internacionales rígidos y la globalización ha sugerido que los compromisos multilaterales vinculantes deben ser tomados con gran cuidado. Los Estados no están dispuestos a firmar con facilidad un instrumento de “*hard*

¹⁰³ Schwenzwer, Ingeborg, 2016, “35 years CISG and beyond”, *International commerce and arbitration*, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2016, t. 19, p. IX.

law”, por esta razón se ha desarrollado múltiples instrumentos de “derecho suave” o “*soft law*” que, por su practicidad y libertad, para ser aplicados o no en su totalidad dejando a elección de la voluntad de las partes la forma y alcance para que se apliquen.

Observamos la comunidad internacional falta de interés y voluntad para firmar acuerdos internacionales de “*hard law*”, y el desarrollo de múltiples y abiertos instrumentos de “*soft law*”; dieron como resultado que la formación de instrumentos jurídicos internacionales, ya no son creados para cumplirse durante 100 años, tampoco se escriben más en piedra, el efecto globalizante y de cambio vertiginoso y constante que caracteriza a la globalización, también se refleja en la norma internacional sin embargo las convenciones que ya fueron firmadas y que continúan probando su necesidad bien valen la pena que se actualicen a las nuevas condiciones económicas y políticas siendo el comercio una actividad indispensable para el mundo.

La CCIM es una ley viva, muestra de ello es la conferencia realizada los días 29 y 30 de enero de 2015¹⁰⁴ en la Universidad de Basilea, siendo esta casa de estudios la más antigua de Suiza; para reflexionar acerca de los primeros “35 años de la CISG, y más allá”.

Al respecto Schwenger¹⁰⁵ refiere que sería presuntuoso cerrar los ojos al hecho de que todavía hay mucho escepticismo expresado en contra de la CCIM. En la Conferencia de Basilea, refiere que no se resolvieron estas dudas, sino que se abordaron no sólo desde un punto de vista académico, sino también desde el punto de vista de un practicante internacional. Con este fin, se discutieron las implicaciones económicas de la CCIM que se están presentando en el contrato de venta internacional; abordaron también algunas preocupaciones acerca de las lagunas de la CCIM; echaron un vistazo a las reservas y la regionalización que ponen en peligro la uniformidad alcanzada por la CCIM y también analizaron la

¹⁰⁴ Nota del Autor. “The conference 35 years CISG and beyond”, hosted by the University of Basel, SVIR/SSDI (Swiss Association for International Law) and UNCITRAL on 29 and 30 January 2015.

¹⁰⁵ Schwenger, Ingeborg, “35 years CISG and beyond”, *International commerce and arbitration*, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2016, t. 19, p. IX.

posible contribución de la CCIM a una ley de contratos internacional justa. Por último, refiere que, en la mesa redonda al final de la conferencia, examinaron el futuro y retomaron la discusión sobre la conveniencia y viabilidad de una ulterior unificación del derecho.

La comunidad internacional está al tanto de las lagunas de la CCIM, y son motivo de análisis. Resulta inapelable el hecho de que la CCIM es, y será, el marco mínimo internacional para la compraventa internacional de mercaderías y por esta razón resulta necesario planear su futuro y actualización, porque no se contempla la compraventa internacional sin este vital instrumento. La Convención ha quedado desactualizada por el transcurso del tiempo -proceso natural para cualquier instrumento jurídico- sin embargo, la desactualización deriva en forma particular de los efectos de la globalización.

A diferencia de otros instrumentos la CCIM se sostiene en pie, siendo guía y luz, para la mejorar y continuidad de trabajos en materia de unificación del derecho internacional. Faro y guía, que desde sus inicios tuvo un complejo y extenso trabajo de casi 100 años, para alcanzar el objetivo de la unificación de la ley internacional de compraventa. Siendo la convención internacional más firmada, está lejos de convertirse en letra muerta por el contrario los esfuerzos de mejora y contribución a la CCIM no cesan.

Al respecto Estrella¹⁰⁶ comenta que la integración económica de alta velocidad en las últimas dos décadas nos ha impacientado por el lento avance de la armonización legal formal. Sin embargo, una visión más realista sostiene que "la ley no suele ser la sala de máquinas de una economía, sino que siguen algunos pasos atrás". La evolución tecnológica y logística, en lugar de hacer más urgentes los cambios en la legislación, ha hecho que la asignación contractual de derechos y obligaciones dentro de los límites de la legislación vigente sea mucho más eficiente que antes, reduciendo así la demanda de intervención legislativa: los pagos son más fáciles de realizar, el transporte es más fácil, las comunicaciones casi instantáneas y el sistema de solución de controversias están disponibles.

¹⁰⁶ Estrella, Faria José Angelo, *The future of contract law harmonization: a view from UNIDROIT*, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2016, pp. 366 y 367.

Si el ritmo actual del comercio internacional y la inversión se mantiene, es probable que un día el volumen de contratos transfronterizos distintos de las ventas que son negociados por los tipos de socios contractuales que pueden necesitar reglas por defecto sobre asuntos que no están cubiertos por el la CCIM puede, a través de un nuevo instrumento internacional obligatorio, justificar el tiempo y el esfuerzo necesarios para su preparación, negociación e implementación.

La CCIM es y será la base y guía de la contratación internacional en materia de compraventa, como todo instrumento jurídico, adolece de los avatares del transcurso de los años y la evolución tecnológica y económica que implica la globalización. Es de explorado derecho que la legislación no puede desarrollarse a la par que los fenómenos económicos y políticos, sin embargo, no por este motivo debe dejarse de lado los esfuerzos para que el derecho regule y legisle el intercambio económico. La actualización de la CCIM como el instrumento más firmado en la comunidad internacional, sin duda será complejo, como su creación y desarrollo; más el pensar en la creación de una nueva convención internacional que retome todos los instrumentos ya se desarrollaron y que no son vinculantes, bien vale el esfuerzo para crear una nueva legislación uniforme en materia de compraventa que pueda navegar en un mundo digital, en la economía líquida de la mundialización, que permita que la CCIM cumpla con la finalidad¹⁰⁷ de prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones.

¹⁰⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Viena, 1980, 24 de Noviembre de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

2.2 Origen de la CCIM

El Derecho Internacional Privado tiene como finalidad dar armonía entre normas jurídicas de diversos Estados, para que concurran en una sola relación de Derecho que sea homogénea y respetada correlativamente. Así también, debe lograr la seguridad de los derechos en el orden internacional, ya que es la forma de garantizar los derechos fundamentales del hombre, en su persona, en sus bienes y en los actos jurídicos que realiza; de lo contrario, sin las normas de Derecho Internacional Privado el individuo no sabría a qué atenerse cuando hubiese elementos de conexión con preceptos jurídicos de más de un Estado.

Respecto al acto jurídico más reconocido en la comunidad internacional Castrillón y Luna¹⁰⁸ comenta que como expresión del capitalismo, sin duda alguna el acto comercial que más se celebra en el mundo entero es el de la compraventa de bienes muebles. La enorme frecuencia con la que se celebran transacciones internacionales en todo el mundo, ha hecho imperante unificar las reglas en materia de compraventa internacional. La CCIM fue creada para lograr el reconocimiento y homogeneidad del acto jurídico mercantil por excelencia.

La CCIM, fue firmada en la ciudad de Viena en Austria en 1980, es el resultado de poco más de un centenario de años de trabajos realizados por la comunidad internacional con el objeto de alcanzar la armonización del comercio internacional. Los trabajos de armonización iniciaron en 1926 con la creación del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en lo sucesivo Unidroit); que surge como un cuerpo auxiliar de la Sociedad de las Naciones y refleja el deseo de la comunidad internacional en establecer un cuerpo especializado para estudiar las necesidades y proponer los métodos idóneos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial entre Estados y grupos de Estados; teniendo como punto de partida la creciente liberalización del comercio y el proceso de integración económica.

¹⁰⁸ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, Derecho internacional, Op. Cit. pp. 236 y 244.

Durante algunas reuniones del Comité Permanente y el Consejo Directivo de Unidroit llevadas a cabo en el año de 1929, se decidió estudiar el tema de la unificación del derecho sobre compraventa internacional, trabajo encomendado a un selecto grupo de juristas liderados por Rabel¹⁰⁹. El proyecto de ley uniforme fue presentado en 1934 al Consejo Directivo del Unidroit y en 1935 se puso a disposición de los gobiernos. En 1937 se creó un comité para su revisión y en 1939 se aprobó el proyecto de ley uniforme sobre compraventa internacional de bienes corporales muebles, por parte del Consejo Directivo del Unidroit.

Adame Goddard¹¹⁰ menciona que el Comité presentó un proyecto el mismo año de 1929, que después de ser conocido y comentado por los Estados miembros de la Sociedad de Naciones, fue revisado por el propio comité; que no pudo ser discutido por la irrupción de la Segunda Guerra Mundial. Una vez concluido el conflicto el gobierno holandés convocó a una conferencia, a la que asistieron representantes de veinte gobiernos. Resultado de lo cual surgieron dos nuevas versiones: una en 1956, que fue comentada por los gobiernos y organismos internacionales interesados, y a partir de ella hizo una segunda versión, dada a conocer en 1963, que fue bien recibida.

El advenimiento de la Segunda Guerra Mundial produjo la interrupción de los trabajos que serían retomados en 1951 con ocasión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, donde a iniciativa de Unidroit se aceptó examinar el proyecto de ley uniforme sobre compraventa internacional de bienes muebles. En 1956 se trabajó en una comisión de juristas europeos en un nuevo anteproyecto que fue remitido a diversos países con el ánimo de obtener comentarios. En 1962 se reunió nuevamente la Comisión, ocasión en la cual se decidió trabajar sobre dos anteproyectos sobre la venta.

Resultado de la Conferencia de la Haya de 1964, surgieron dos instrumentos la Ley Uniforme para la Formación de Contratos (en lo sucesivo ULF, por sus siglas

¹⁰⁹ Schlechtriem Schwenzer, Ingeborg, *Introduction on commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)*, 3rd ed., Oxford, New York, 2010, p.1.

¹¹⁰ Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, Mc Graw-Hill Interamericana de México, 1994, p. 10.

en inglés *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*) y la Ley Uniforme Sobre la Venta Internacional de Mercaderías (en lo sucesivo ULIS, por sus siglas en inglés *Uniform Law on the International Sale of Goods*), cuya popularidad fue muy limitada ya que sólo un puñado de estados europeos en su mayoría occidentales la ratificó.

Ante la falta de éxito global de la ULIS, y ULF, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo CNUDMI) comisionó a un selecto grupo de especialistas provenientes de setenta y dos Estados de las tres familias jurídicas: civil, *common law*, y social.

Castrillón y Luna¹¹¹ comenta que, finalmente CNUDMI encargó el documento en Ginebra a un grupo de trabajo de siete miembros compuesto por las delegaciones de Ghana, Hungría, Japón, México, USA y la URSS, que fue coordinado por el jurista mexicano Jorge Barrera Graf, el cual concluyó sus trabajos en nueve sesiones anuales recomendando la adopción de nuevos textos relacionados con la formación del contrato.

El 16 de junio de 1978 se aprobó el anteproyecto y ese mismo año se convino celebrar una conferencia de plenipotenciarios que tuvo lugar en Viena en 1980, con la presencia de 62 estados y entre otros, de organizaciones internacionales como el Banco Mundial (en lo sucesivo BM), la Cámara de Comercio Internacional (en lo sucesivo CCI) y Unidroit.

El 11 de abril de 1980 se aprobó la CCIM y un protocolo modificatorio de la Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de mercaderías de 1974. Sin embargo, no entraría en vigor hasta que diez Estados la ratificaran de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 99¹¹² fue en 1986 cuando China, Italia y Estados Unidos aceptaron la convención y se fijó su entrada en

¹¹¹ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, Derecho Internacional Mercantil. Op. Cit., p. 245.

¹¹² CCIM, Artículo 99, La presente convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92.

vigor el 1° de enero de 1988, los textos auténticos están en idioma árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

Castrillón y Luna¹¹³ refiere que la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías constituye el instrumento internacional más importante para regular las relaciones económicas internacionales, porque contiene una regulación ágil, flexible y completa destinada a normar las operaciones que más se celebran en el mundo.

La CCIM es el instrumento internacional más representativo del Derecho Internacional Privado que regula la actividad más antigua del hombre en sociedad “el comercio”, a esta actividad se deben los primeros acuerdos internacionales documentados desde tiempos remotos. Para completar el proceso de formación de la CCIM fue necesario casi un siglo, en el que dos guerras vieron interrumpidos los esfuerzos de la comunidad internacional para homologar y dar certeza jurídica al contrato de compraventa, que constituye el fundamento del comercio internacional en todos los países, siendo el acto jurídico que más se realiza en el mundo hasta nuestros días.

La finalidad de esta Convención es prever un régimen moderno, uniforme y equitativo contribuyendo a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones, independientemente de la tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico. Por esta razón, se considera que la Convención sobre la Compraventa es uno de los instrumentos clave del comercio internacional que debería ser adoptado por todos los países del mundo, y que ante los la globalización y el desarrollo tecnológico, en el que la desmaterialización del contrato y las mercaderías comprometen la efectividad de la CCIM en un siglo que vuelve digital la operación más importante del comercio mundial.

¹¹³ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Dercho Mercantil Internacional*. Op. Cit. p. 245.

2.3 Importancia de la CCIM en el comercio mundial.

Actualmente la CCIM como ya se ha mencionado es uno de los instrumentos internacionales con más ratificaciones alcanzando 83¹¹⁴ Estados miembros en 2015, y es también un instrumento con la mayor diversidad de Estados provenientes de los cinco continentes, en los que se encuentran representantes de las diferentes familias jurídicas y la mayor diversidad en su composición económica y política. Por esta razón, comenta Baasch Andersen¹¹⁵ es considerada hasta la fecha la convención internacional más exitosa por la cantidad de Estados miembro que pretende aplicar una ley uniforme. Y afirma que el éxito en la cantidad de miembros no es de sorprender considerando su historia.

La CCIM deja en claro que es uno de los más diversos también por cuanto a las economías de los países que se hace latente, al contar con potencias económicas como Estados Unidos, Francia, Japón, China y Rusia¹¹⁶, así como Estados en vías de desarrollo como México, Brasil, Argentina, y Kenia¹¹⁷; integrando la economía y el comercio del orbe mundial. Al respecto Baasch Andersen¹¹⁸ cita a Garro al afirmar que tenemos que ser conscientes de la desigualdad de poder de negociación en este contexto, la posición negociadora de cada país en el mundo del comercio internacional se determina de acuerdo a la estrategia y compromiso de sus delegados.

¹¹⁴ UNCITRAL, *Situación actual CCIM*, 19 de octubre de 2015, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

¹¹⁵ Baasch Andersen, Camila. *Uniform application of the international sales law/understanding uniformity, the global jurisconsultorium and examination and notification of the CISGB*, Kluw Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2007, p.19.

¹¹⁶ UNCITRAL. *Situación actual CCIM, Ratificaron y entrada en vigor la CCIM: Estados Unidos: 11/12/1986 y 01/01/1988, Francia: 06/08/1982 y 01/01/1988, Japón: 11/12/1986 y 01/01/1988, China 11/12/1986 y 01/01/1988; y Rusia: 16/08/1990 y 01/09/1991*, 19 de octubre de 2015, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

¹¹⁷ UNCITRAL. *Situación actual CCIM, Ratificaron y entrada en vigor la CNUCCIM: México: 29/12/1987 y 01/01/1989, Brasil: 04/03/2013 y 01/04/2014, Argentina: 19/07/1983 y 01/01/1988; y Colombia: 10/07/2001 y 01/08/2002*, 19 de octubre de 2015, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

¹¹⁸ Baasch, Andersen, Op.Cit. p. 21.

Entre los Estados que recientemente ratificaron se encuentra Congo, Guyana y Madagascar¹¹⁹. En el lado opuesto encontramos a los grandes ausentes, una potencia mundial Reino Unido y una de las economías en desarrollo del Siglo XXI India, que, pese a la presión de la comunidad internacional, ambas naciones se resisten a ratificar la convención.

El Reino Unido tiene ciertas preocupaciones que han postergado la ratificación de este instrumento entre las que se encuentran, que:

- La Convención sería una buena noticia para los abogados, pero una mala noticia para los clientes.
- La implementación implicaría un mayor número de disputas.

Es importante destacar que si el Reino Unido ratificara la convención tendría beneficios políticos, al refutar la percepción negativa que le caracteriza ante la comunidad internacional, por ser reacio a participar en las iniciativas del derecho mercantil internacional. Así mismo aún cuando no haya ratificado la convención, no queda exenta de su aplicación, ya que al establecer relaciones comerciales con empresas de un Estado miembro siempre podrán presionar para que se aplique la Convención en el contrato.

No pasa inadvertida el último apunte a la negativa del Reino Unido a la legislación comunitaria, muestra de ello la decisión de esta nación de salir del pacto que sostenían con la Unión Europea, el Brexit¹²⁰ con lo que ha iniciado el proceso previsto en el artículo 50¹²¹ de la Unión Europea, aún cuando el proceso de

¹¹⁹ UNCITRAL. “*Situación actual CCIM*”. Ratificaron y entrada en vigor la CNUCCCIM: Congo: 11/06/2014 y 01/07/2015, Guyana: 25/09/2014 y 01/10/2015, y Madagascar: 24/09/2014 y 01/10/2015. Situación actual. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html consultado 16/10/2015.

¹²⁰ Consejo de la Unión Europea, Brexit, El 29 de marzo de 2017, el Reino Unido notificó oficialmente al Consejo Europeo su intención de abandonar la UE, 29 de noviembre de 2017, <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-uk-after-referendum/>

¹²¹ Tratado de la Unión Europea. Cláusula de retirada. El artículo 50 del Tratado de la Unión Europea prevé un mecanismo para la retirada voluntaria y unilateral de un país de la Unión Europea (UE). Un país de la UE que dese retirarse deberá notificar su intención al Consejo Europeo, que proporcionará las directrices para la celebración del acuerdo que establezca las disposiciones necesarias para la retirada...”

negociación de salida está en definición. Crea una gran expectativa acerca del futuro económico del Reino Unido, por cuanto a sus relaciones comerciales. No obstante, la ausencia del Reino Unido e India la CCIM se sostiene como el marco jurídico internacional más importante.

2.4 Características de la CCIM, “armonización” o “unificación” del Derecho Internacional Privado . ¿Es la CCIM un instrumento internacional cerrado? ¿Es aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales?.

La necesidad de regular el contrato de compraventa, es un punto estratégico dentro del Derecho Internacional Privado. Adame Goddard¹²², nos dice que actualmente, el tema de la unidad del derecho privado, y especialmente del derecho contractual, se presenta como una tarea urgente, dado el modelo económico imperante que supone la intensa colaboración entre las economías y agentes económicos de distintos países con legislaciones diferentes.

La existencia del Derecho Internacional Privado se debe a la diversidad legislativa (también denominada factor jurídico, consiste en el uso de la soberanía legislativa de los Estados) y el cosmopolitismo humano. Estados y organismos internacionales se esfuerzan para crear normas jurídicas integradas a través de la formulación de preceptos normativos armonizados y unificados con la pretensión de disminuir los conflictos de leyes y ofrecer mayor seguridad jurídica a las personas en sus actuaciones privadas internacionales.

Al respecto Fernández Rozas¹²³ comenta que el Derecho uniforme y el Derecho internacional privado constituyen a primera vista dos opciones jurídicas incompatibles pues, de un lado, si el primero se generaliza desaparece uno de los elementos conformadores del segundo, cual es, el pluralismo de sistemas jurídicos. La técnica preferida del Derecho internacional privado consiste en la localización o selección de la ley estatal aplicable a través de la norma de conflicto, operación que pierde casi todo su sentido si no existen diferentes

¹²² Pampillo y Munive, Coordinadores. Memorias del Congreso. “Globalización Derecho Supranacional e Integración Americana”. Jorge Adame Goddard. *Ius y lex en la tradición romana y en la perspectiva actual*. Porrúa, México, 2013. p. 145.

¹²³ Fernández Rozas, José Carlos, *Los procesos de unificación internacional del derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados, la unificación jurídica en Europa*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, J.M., García Collantes, Madrid, 1999, p. 18.

legislaciones estatales. La armonización o unificación de los Derechos materiales puede considerarse como una técnica de reglamentación que, pese a ser extraña en principio al Derecho internacional privado clásico, constituye un instrumento muy importante para la solución de los problemas que provocan las situaciones privadas internacionales.

Mientras la armonización consiste en hacer que las leyes de distintos países respeten ciertos contenidos considerados como esenciales, a fin de evitar contradicciones entre ellas respecto de esos contenidos esenciales, y que mantengan las diferencias en lo demás. Este método se utiliza a través de la publicación por algún organismo internacional como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (UNCITRAL), de una “ley modelo”, en la que se propone, un marco jurídico mínimo a seguir por los Estados miembros sobre ciertas materias, por ejemplo, la ley modelo sobre contratos de franquicia. A efecto de que muchos países publiquen leyes sobre la materia con un contenido semejante, sin diferencias en los puntos esenciales, en tratándose de materias del derecho privado.

Por su parte la unificación es la llamada información, o “derecho uniforme” (*uniform law*), que consiste en la publicación de una ley, bajo la forma de un tratado internacional, que se vuelve vigente en el territorio de varios Estados. Siendo el caso hasta hoy más exitoso de derecho uniforme la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, siendo el tratado internacional con más aceptación con más de 70 Estados, siendo una ley imperativa, que regula los contratos de compraventa internacional. De esta manera, la unificación del derecho privado se logra a través de “leyes uniformes”, es decir leyes que se apliquen directamente y sin cambios en el territorio de diferentes Estados.

Adame Goddard¹²⁴ menciona que en la perspectiva dorsiana que considera el Derecho Privado como una ciencia, no tiene sentido hablar de la armonización de las leyes con contenido privatista, ni tampoco de la unificación legislativa. Sin que

¹²⁴Adame, Goddard. Jorge. Op. Cit. 146.

deba entenderse que estos esfuerzos sean estériles. Por el contrario, son de gran utilidad y facilitan los intercambios comerciales. Sin embargo, la unificación o armonización legislativa es un resultado limitado si no va acompañado de la formación y difusión de una doctrina común, racional, conforme a la cual se juzgue de las leyes previamente homologadas o unificadas. Ya que, de lo contrario, al paso del tiempo las leyes tendrán contenidos diferentes a consecuencia de la interpretación y juicio divergentes que se haga de ellas, y siempre habrá la posibilidad de que el legislador mayoritario las modifique. Y concluye diciendo que la cuestión de la unidad del Derecho Privado en la perspectiva dorsiana sería, no la de cómo armonizar o unificar las leyes de contenido privatístico, sino la de cómo formar una ciencia jurídica común.

Ahora bien, Quintin Alfonsín citado por Arellano García comenta¹²⁵ nos dice que existen dos métodos de solución de conflictos desde el ángulo de creación de la norma jurídica, que resolverán sobre la vigencia espacial simultánea de normas jurídicas materiales de más de un Estado aplicable a una sola relación jurídica. A saber, el método interno y el método internacional.

Por cuanto al método interno, el Estado, con vista a sus propias necesidades, conveniencias, compromisos, y opiniones, dicta las soluciones normativas que satisfagan mejor sus intereses y los del grupo social al que se gobierna; los intereses universalistas sucumben a las necesidades locales. Por su parte en el método internacional, la solución de los conflictos de normas jurídicas tiene como regla una disposición supraestatal nacida, no en la voluntad unilateral de un Estado sino en el acuerdo de voluntades, expreso o tácito (tratados internacionales o costumbre internacional, que es el caso de la CCIM) de varios Estados, y por lo tanto, las normas que se elaboran para solucionar conflictos se reducen a la satisfacción de las necesidades de una entidad estatal sino que enfocan a cubrir las exigencias de la comunidad de Naciones.

En el método internacional caben dos posibilidades: 1. Que la norma jurídica internacional establezca la solución; o, 2. Que la norma jurídica internacional sólo

¹²⁵ Arellano García, Carlos, Op. Cit. p. 40.

dé las bases generales a las cuales deba adecuarse la legislación interna de los Estados. En el caso de la CCIM hablamos del primero de ellos, y por tanto se trata del método internacional; que, dicho sea de paso, es la tendencia mundial en sintonía con el fenómeno globalizante.

Ahora bien, partiendo del método de solución de conflictos podemos afirmar que a la CCIM le corresponde el método internacional para la solución de conflictos, al tratarse de una Convención internacional, cuyo objeto principal es el de crear un marco jurídico neutral para la elaboración de los contratos de compra venta internacional de mercaderías, y por consecuencia la CCIM es un instrumento uniforme para el concierto internacional.

La CCIM es un marco jurídico neutral resultado de la participación en la elaboración de especialistas de las tres familias jurídicas: civil, *common law*, y social por lo cual Baas Andersen¹²⁶ dice que quien tome un momento en investigar el mosaico multicolor de banderas de todas las naciones que han ratificado la CCIM, va a entender que se trata de una comunidad muy diversa de culturas, idiomas, economías y política. Afirma que la globalización puede haber traído un contacto más estrecho entre las naciones del mundo a través de los viajes, la tecnología, etc., y las convergencias pueden estar en marcha, pero estamos muy lejos de una villa global o marco legal mono cultural. La CCIM pertenece sólidamente en un mundo de diversidad multicultural, en un contexto global.

Por cuanto a la solución de conflictos la CCIM establece que en primera instancia se deberá observarse lo siguiente: “*la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.*” De lo que se observa que la solución tiene que darse conforme al método internacional de solución de conflictos.

¿Qué pasa cuando existe una laguna ó caso no previsto en la CCIM?

¹²⁶ Baasch Andersen, Camila, *Uniform application of the international sales law/understanding uniformity, the global jurisconsultorium and examination and notification of the CISGB*, Kluw Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2007, p. 22.

El artículo 7.2 de la CCIM contempla que, por cuanto a las cuestiones que no se encuentren previstas: *“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”*¹²⁷ Por lo cual, se estableció que en los casos no previstos por CCIM, únicamente serán aplicables los principios generales de la propia convención y en su defecto con las normas del derecho internacional privado, no se estableció la aplicación de ningún instrumento internacional alternativo por lo cuál la CCIM se considera un instrumento jurídico cerrado.

Así el artículo 7 de la CCIM es de suma importancia para resguardar la integridad de la Convención, al respecto Adame Goddard¹²⁸ comenta que las reglas de la convención son parte tan esencial de la convención que Joachin Bonell, uno de los juristas que mejor la conocen, opina que las partes de un contrato que va a regirse por ella no pueden acordar –no obstante el principio de autonomía de las partes establecido en el artículo 6- que la Convención se interpretará por otras reglas que no sean las que ella misma precisa. Por lo que se observa que el artículo 7 de la CCIM tiene como finalidad resguardar la integridad de la Convención y su debida aplicación en la compraventa internacional.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia establece en el artículo 38¹²⁹ de su Estatuto, su competencia cuya “1.La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas...”, y será competente en tratándose de: “a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;...”, “b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;” y “c. los principios generales de derecho

¹²⁷ CCIM. Artículo 7.2 Principios de interpretación.

¹²⁸ Adame Goddard, Jorge. *El contrato de compraventa internacional*, Mac Graw Hill, Mexico, 1994. Pág. 67.

¹²⁹ Idem. p. 67.

reconocidos por las naciones civilizadas;...” estos tres elementos se consideran las principales fuentes del derecho internacional a saber: convenciones internacionales, costumbre internacional y principios generales del derecho.

Por cuanto a las normas del Derecho Internacional Privado, encontramos que el elemento principal es la costumbre Internacional, Arellano García¹³⁰ comenta que la forma de comportamiento reiterada conduce a interpretar un consentimiento tácito del Estado con una regla jurídica que le concede derechos y fija obligaciones. Por tanto, es necesario el requisito de corpus y animus, el elemento objetivo tendrá la variante de que la repetición de actos se referirá a conducta de sujetos de Derecho Internacional y el elemento subjetivo, que la convicción de obligatoriedad la posean esos mismos sujetos.

La CCIM es un instrumento cerrado, por lo tanto, las Convenciones, Leyes Modelos y diversos instrumentos de derecho internacional privado que hayan surgido a la par o posterior a la CCIM, por mencionar algunas referente a la contratación electrónica como las Leyes Modelo de CNUDMI de: Comercio Electrónico (1996), Firma Electrónica (2001) y Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005) que dan solución a las cuestiones no previstas por la convención no resultan aplicables.

No obstante que los citados instrumentos contemplan la contratación internacional a través del uso de las Tecnologías de la Información (TI) y las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), no resultan aplicables a la CCIM, así lo refiere CNUDMI a quien se le consultó vía correo electrónico¹³¹ en el que mencionan es necesario que los Estados sean parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los

¹³⁰ Arellano García, Carlos. Op. Cit. Pág. 61.

¹³¹ International Trade Law Division (UNCITRAL Secretariat) United Nations Office of Legal Affairs Vienna International Centre A-1400 Vienna, Austria. Luca CASTELLANI. <luca.castellani@uncitral.org> en nombre de UNCITRAL <uncitral@uncitral.org>. Enviado: jueves, 23 de febrero de 2017 12:05. Para: VICTORIA ALVA LUGO. Asunto: Re: Question CISG and CEC. Dear Ms. Alva Lugo, Thank you for your message and the interest for UNCITRAL texts. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts is not automatically binding on CISG State parties. States need to become a party to the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts for that Convention to be able to interact at the treaty level with the CISG. Kind regards.”

Contratos Internacionales¹³² para que esa Convención pueda interactuar a nivel de tratado con la CCIM. Es necesario mencionar que dicha Convención de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales apenas ha sido ratificada por nueve Estados¹³³ a la fecha, por lo que no es comparable en lo más mínimo con la aceptación e impacto en la legislación global de la CIM.

Por lo que se puede concluir que en razón del texto del artículo 7, y los principios de la CCIM así como los principios generales del derecho internacional que hemos estudiado en los párrafos que anteceden. Es posible afirmar que la CCIM es una convención cerrada y que la aplicación de cualquier otra convención o tratado internacional como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, para solucionar casos no previstos en la CCIM, resultaría en contravención a la metodología que establece la propia convención para la solución de conflictos. Es necesario fijar que la metodología internacional en la solución de conflictos resultaría inadecuada también, para la aplicación de cualquier otro instrumento internacional; toda vez que de hacerlo así, contravendría con el objeto principal de la CCIM de ser un instrumento uniforme del derecho internacional privado.

¹³² Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Naciones Unidas, Nueva York, 2005.

¹³³ Situación actual. *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (Nueva York, 2005). Camerún 01/05/2018, Congo 01/08/2014, Federación de Rusia 01/08/2014, Fiji 01/01/2018, Honduras 01/03/2013, Montenegro 01/04/2015, República Dominicana 01/03/2013, Singapur 01/03/2013, Sri Lanka 01/02/2016, 4 de diciembre de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html.

2.5 Ámbito de aplicación de la CCIM.

Como ya se analizó la CCIM se creó para ser un instrumento jurídico internacional con el objeto de unificar la compraventa internacional de mercaderías, aportó al derecho mercantil internacional un nuevo orden jurídico de dimensión global, para lo cual tomó en consideración que el desarrollo del comercio internacional se desenvuelve mejor con base en la igualdad y el beneficio mutuo que constituye un elemento base para que las relaciones entre Estados sean amistosas.

Al respecto Garro y Zuppi¹³⁴ refieren que la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de 1980 concebida con el esfuerzo de los estados miembros para unificar la legislación aplicable a los contratos internacionales, resultado de varias décadas de labor que desde a finales del siglo XIX, que se cristalizan en la ley uniforme sobre ventas de mercancías de 1905 de los países escandinavos, *The sale of goods act* de 1893 de Gran Bretaña, y (de la primera etapa del siglo XX) el trabajo de la *Internacional Law Association* reunida en el año de 1924 en Estocolmo, donde se trabajó el proyecto de ley uniforme para la unificación de la legislación sobre compraventa internacional.

Una de las causas del éxito en la ratificación de la CCIM se debe principalmente a dos factores uniformidad y flexibilidad:

1) La uniformidad: Gracias al especial esmero que se tuvo en la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías que se adapten a los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos, con la visión de que la uniformidad es el medio idóneo para la supresión de obstáculos jurídicos con que frecuentemente tropieza el comercio internacional, y

¹³⁴ Garro, Alejandro Miguel, Zuppi, Alberti Luis, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, pp. 29 y 30.

2) La flexibilidad: Al momento su redacción se procuró en especial crear un instrumento flexible a través de la utilización de distintas técnicas y en particular, de una terminología neutral, promoviendo la observancia general de la buena fe en el comercio internacional, estableciendo como norma que los principios generales en que se basa la Convención deben servir para dirimir las cuestiones que no puedan resolverse con arreglo a las disposiciones de la Convención y reconociendo el efecto vinculante de los usos convenidos y las prácticas establecidas.

Por cuanto al ámbito de aplicación la CCIM ésta se establece en los primeros seis artículos de la Convención. El primero de ellos está dedicado al ámbito de aplicación por cuanto a la nacionalidad de las partes contratantes; el Artículo 1 establece que la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes que sean Contratantes; o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. Para efecto de determinar la aplicación de la Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Lo anterior en razón a la naturaleza de unificar la compraventa internacional que sostiene la Convención. Al respecto Adame Goddard¹³⁵ comenta que sólo se aplicará a contratos de compraventa internacional, esto es, a contratos cuyas partes tengan su establecimiento en Estado diferentes. Éste es el único criterio para definir la compraventa internacional. No importa ya, como lo exigía la LUCI (art.1.1), que las mercancías sean transportadas de un país a otro, ni que los actos de oferta y aceptación sucedan en países diversos.

Por lo tanto, para que la compraventa sea internacional, se requiere que las partes tengan su establecimiento en Estado diferentes, si las dos partes ignoran el carácter internacional de la compraventa, es claro que no se aplica la Convención, así también si sólo una de ellas conoce la aplicación internacional. Habiendo

¹³⁵ Adame Goddard. Op. Cit. p. 41.

compraventa internacional, la Convención se aplicará si los dos contratantes tienen su establecimiento en Estados que son partes de ella ó si sólo uno de ellos lo tiene, ya que su aplicación está prevista para el comercio internacional.

Por cuanto a la segunda hipótesis en el caso de que sólo una de las partes contratantes tiene su establecimiento en un Estado firmante, Adame Goddard¹³⁶ menciona que la Convención se aplica sólo si la ley que rige el contrato, de acuerdo con las reglas del derecho internacional privado, es la ley del Estado contratante. Lo que, según las reglas, en principio, serían la que las partes acuerden. Si eligieran la de un Estado parte en consecuencia resulta aplicable la Convención. De acuerdo a la Convención regirá la formación del contrato cuando se celebre en México, y las obligaciones del comprador y del vendedor cuando hayan de ejecutarse en México.

Por cuanto al artículo 2 se define el ámbito de aplicación por materia, especificando que la CCIM se aplicará únicamente a las operaciones mercantiles; excluye de la aplicación de la Convención respecto de cierto tipo de compraventas, sea por razón del depósito de las partes, sea por la forma del contrato, sea por el tipo de mercancías, sea por el contenido del contrato.

Establece que la Convención no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; tampoco resulta aplicable en subastas (judiciales; de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; ni de electricidad).

Por cuanto a la materia de aplicación de la CCIM Adame Goddard¹³⁷ comenta que la primera exclusión es respecto de compras hechas “para uso personal, familiar o doméstico”. La razón de esta exclusión es no impedir la aplicación de las legislaciones nacionales de protección al consumidor, que los Estados suelen

¹³⁶ Ibidem, p. 45.

¹³⁷ Ibidem, pp. 46 y 47.

considerar como leyes de orden público. Para definir si una compra es para consumo personal o no es muy claro. La primera frase del inciso a) del artículo 2 da un criterio subjetivo: que el comprador adquiriera las mercancías “para” consumo personal, familiar o doméstico. Y cita a Honnold, que firma que lo determinante es el propósito del comprador en el momento de perfeccionarse el contrato, por lo que incluso no importaría que el comprador utilizara las mercancías para fines profesionales, si cuando las compró se proponía usarlas personalmente. Por cuanto a la compra de consumo, nos dice que depende tanto del factor subjetivo – el propósito del comprador-, y otro objetivo –el tipo o cantidad de las mercancías-. El factor subjetivo es determinante cuando el comprador manifiesta su propósito al vendedor. En los demás casos tienen que considerarse ambos factores.

Como se ha analizado la CCIM deja en claro su naturaleza internacional, al dejar fuera de su aplicación a cualquier compraventa que no sea propia del comercio internacional, por tanto, excluye de su aplicación a las compraventas para uso doméstico, personal y familiar; así como cualquier tipo de subasta y compraventa de buques naves e incluso de electricidad. Para enfocarse únicamente a los bienes materia del comercio internacional.

Por cuanto a las ventas por subasta o judiciales, estas se encuentran excluidas por virtud de los incisos b y c del artículo 2. En este particular Adame Goddard¹³⁸ comenta que esto se debe a que dichas operaciones tienen un proceso peculiar de formación. El vendedor no sabe quién es el comprador, y, por tanto, no sabe si se aplica o no la Convención, hasta que vence el plazo para presentar la mejor oferta. Referente a la “compraventas judiciales” y cita Khoo, quien menciona que son aquellas compraventas hechas por el poder judicial o cuasi judicial del Estado. En esta interpretación cabrían, entre otras, las ventas de mercancías decomisadas hechas por las autoridades aduaneras.

Además de las operaciones antes mencionadas, también se excluyen por virtud del mismo numeral 2 de la CCIM, las compraventas referentes a dinero y de valores, así como las de ventas de buques, aeronaves y electricidad. Las primeras

¹³⁸ Ibidem, pp. 47 y 48.

de ellas que refieren a la venta de dinero o valores; Adame Goddard¹³⁹ refiere que dicha exclusión, que no precisa donde el término “mercancías” o semejantes (goods) denota exclusivamente bienes corporales, sí pareció necesaria para los sistemas jurídicos en que podrían confundirse bajo un mismo término los bienes corporales y los no incorpóreos, de modo que pudieran interpretarse que resultan aplicables a la CCIM. Mismo caso con el inciso e) del numeral 2, relativo a la venta de buques y aeronaves, que se optó por excluir a toda clase de objetos, al igual que el último inciso f) que descarta las compraventas de electricidad, toda vez que es un fluido eléctrico que difícilmente podría considerarse un objeto corporal.

Del análisis minucioso del artículo 2 de la CCIM, queda de manifiesto que la convención únicamente resultará aplicable a la compraventa de mercaderías cuyo fin sea el comercio internacional, respetando que dichas mercaderías deben contar con la característica de ser bienes corpóreos y que en casos extraordinarios podrían incluirse contratos de suministro, siempre que estos, incorporen bienes que serán utilizados para mercaderías, excluyendo cualquier tiempo de contrato de servicio, así como la compraventa de cualquier otro bien que no sea corpóreo y que en la generalidad pueda considerarse como bienes.

Por cuanto al artículo 3, se avoca a los tipos de compraventas que quedan excluidas relativas a contratos de suministro de mercaderías. El artículo 3 nos dice que únicamente será aplicable a aquellos que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. Excluyendo de la Convención a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Por lo que nuevamente la Convención enfoca los esfuerzos a regular únicamente la compraventa, excluyendo cualquier contrato que implique mano de obra y/o servicios como parte del suministro de las mercaderías, además de que especifica

¹³⁹ Ibidem, p. 49.

que en el caso de suministro las mercaderías deben de ser suministradas para un proceso de manufactura o producción.

Por cuanto al citado artículo Adame Goddard¹⁴⁰ refiere que la Convención excluye dos tipos más de compraventas: las de cosas que el vendedor debe fabricar con materiales que le proporciona el comprador (párrafo 1), y las que consisten principalmente en servicios que el vendedor debe proporcionar, además de las mercancías (párrafo 2). La delimitación, en estos casos, entre las operaciones que regirá y las que excluye la Convención no es sencilla. Lo sustancial parece referirse a la participación cuantitativa de los materiales provistos por el comprador en el total de materiales necesarios para la fabricación; la cuestión tendrá que ser decidida, caso por caso, los jueces, quienes, entre otras cosas, deberán tener en cuenta que uno de los objetivos de la Convención es promover la uniformidad. La exclusión se aplica a contratos en que “la parte principal de las obligaciones” del vendedor consiste en “suministrar mano de obra o prestar otros servicios”; por ejemplo, cuando el vendedor se obliga a entregar determinado equipo industrial, y además instalarlo, capacitar personal para operarlo y supervisar su funcionamiento durante cierto tiempo.

En el Artículo 4, la Convención establece el alcance de su aplicación aclarando que regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Y excluye, de los alcances de la Convención los aspectos de validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; así como los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. En concreto la Convención es un marco jurídico mínimo unificador para la formulación de la compraventa internacional, así como delimitando los derechos y obligaciones que de esta operación corresponden a comprador y vendedor. Sin embargo, debido a la diversidad de las familias jurídicas se dejó fuera de la Convención los aspectos de validez, así como de las

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 50 y 51.

estipulaciones y los efectos que sobre las propiedades trae aparejada la compraventa.

El citado artículo regula los aspectos no regulados del contrato de compraventa, Adame Goddard¹⁴¹ comenta que de manera exclusiva contempla la formación del contrato de compraventa y las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor que surjan del contrato. Expresamente excluye todo lo que se refiere a la “validez” del contrato, de cualesquiera de sus cláusulas o de los usos o costumbres aplicables (art. 4-a); a los efectos que produzca el contrato sobre la propiedad de las mercancías (art.4-b).

Otro aspecto que excede la aplicación de la Convención es lo referido en el artículo 5, por cuanto a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías. De nueva cuenta, por la diversidad jurídica que existe en este tema en las diversas familiar jurídicas.

Respecto a los daños a terceros causados por las mercancías, Adame Goddard¹⁴² menciona que excluye toda controversia relativa a la responsabilidad del vendedor por las lesiones o muerte que las mercancías hubieran producido a alguna persona. Aclara que el artículo 5 no excluye que se aplique cuando las mercancías entregadas por el vendedor no son conformes con el contrato y causan daños al comprador, aun cuando sean daños consientes en lesiones a la integridad corporal de una persona. Lo que excluye, es la responsabilidad extracontractual del vendedor, es decir, la responsabilidad por las lesiones o muerte que causen las mercancías, independientemente de si son o no conformes con el contrato y de si la persona lesionada es el comprador o un tercero.

Por último el artículo 6, establece que las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12¹⁴³, establecer

¹⁴¹ Ibidem, pp. 53 y 54.

¹⁴² Ibidem, pp. 57 y 58.

¹⁴³ CCIM. Artículo 12. No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra

excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. La Convención tiene como principio fundamental el respeto a la autonomía de las partes.

Sin embargo esta libertad se encuentra acotada, Adame Goddard¹⁴⁴ refiere que es por ello que el artículo 6 dispone que “las partes” pueden voluntariamente excluir de su aplicación de toda la Convención, o bien establecer excepciones a sus disposiciones, o modificar cualesquiera de sus efectos, salvo el requisito de que el contrato, y cualesquiera de sus modificaciones, tenga forma escrita, cuando así lo ha establecido, mediante reserva, uno de los Estados contratantes (art.12 y 96). La exclusión de toda la Convención o parte de ella puede ser tácita o expresa. Los efectos que tenga exclusión, en cuanto a determinar cuál será entonces la ley aplicable al contrato, se rigen por lo que las mismas partes expresaron o por las reglas del derecho internacional privado.

En los primeros seis artículos de la CCIM se deja en claro cuáles son sus objetivos por cuanto a la materia mercantil, a la compraventa, y que se enfoca a las mercaderías consideradas en el más amplio espectro a los materiales corpóreos propios para el intercambio comercial internacional; dejando en claro que cualquier otro fin, responsabilidad y tipo de operaciones como las que ya se han mencionado quedan fuera de los objetivos de la CCIM. Que en todo momento precisa y deja en claro que su objetivo es unificar la compraventa internacional de mercaderías, disminuyendo los obstáculos para el mejor intercambio de mercaderías mundial.

manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.

¹⁴⁴ Adame Goddard, Op. Cit., p. 55.

2.6. La CCIM y el comercio electrónico. Las características de uniformidad, flexibilidad de la CCIM ¿Es suficiente para que la CCIM, pueda adaptarse a los avances tecnológicos, en el comercio electrónico en un mundo digital?.

Las características de uniformidad, flexibilidad y la visión futurista en la elaboración de la CCIM en 1984, no es ilimitada, aún cuando se prospectó para que la CCIM pudiera adaptarse a los nuevos desarrollos legislativos no fue suficiente para el desarrollo tecnológico del Siglo XXI. ¿Es suficiente la uniformidad y flexibilidad de la CCIM para adaptarse a los avances tecnológicos, el comercio electrónico y un mundo digital?. Las Tecnologías de la Información (en lo sucesivo TI) y las Tecnologías de la Información y Comunicación (en lo sucesivo TIC's) dominan la vida en el siglo XXI. Las TI y TIC's dieron inicio a la "era de la información o informacional" como la describe Manuel Castells¹⁴⁵, quien atribuye a la convergencia de la evolución histórica y del cambio tecnológico, que trascendió en nuevo modelo social puramente cultural de interacción y organización sociales a través del control de la información.

La información es el ingrediente la nueva organización social del siglo XXI, el flujo de mensajes e imágenes en redes informáticas constituyen la fibra básica de la estructura social. Es el comienzo de una nueva existencia y, en efecto, de una nueva era, la de la información, marcada por la autonomía de la cultura frente a las bases materiales de nuestra existencia. Sería imposible pensar que los creadores de la CCIM, fueran capaces de prospectar el desarrollo implacable de la tecnología que despuntó con el Internet, a la que siguió la banca electrónica y que se unió más tarde a la telefonía celular, herramientas que su conjunto forman parte de la vida cotidiana.

Si bien las características de uniformidad y flexibilidad de la CCIM crean un marco jurídico para anidar los principios de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de: no discriminación, la neutralidad respecto de los medios

¹⁴⁵ Castells, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Alianza Editores. 2ª Edición, Madrid, España, 2000, t. I La Sociedad Red, p. 558.

técnicos y la equivalencia funcional, establece normas para la formación y la validez de los contratos concertados por medios electrónicos, para la atribución de los mensajes de datos, para el acuse de recibo y para la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes de datos, resulta insuficientes.

No son suficientes para resolver las problemáticas jurídicas que tiene la formación de contratos a través del uso de medios electrónicos. La CCIM, quiso ser un instrumento flexible y adaptable a futuros desarrollos jurídicos, sin embargo, aún cuando se tomó en cuenta el aspecto de la neutralidad de las normas para que la Convención pudiera adaptarse a los avances tecnológicos, jamás pudo prever el desarrollo del internet, las tecnologías de la información o el comercio electrónico, simplemente era imposible dimensionar la forma en que el comercio se transformaría en las próximas décadas a una plataforma digital.

Muestras de ello, lo constituyen el desarrollo de nuevos y sofisticados instrumentos de Derecho Internacional Privado, para regular el comercio electrónico como ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico,¹⁴⁶ al momento se ha promulgado legislación basada o inspirada en la ley Modelo en 71 Estados en un total de 150 jurisdicciones¹⁴⁷, ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónica¹⁴⁸, se ha aprobado legislación basada o inspirada en la Ley Modelo en 32 Estados¹⁴⁹, Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales¹⁵⁰,

¹⁴⁶ CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996 junto con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998*, 6 de diciembre de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

¹⁴⁷ CNUDMI, *Situación actual ley modelo de la CNUDMI sobre comercio Electrónico 1996*, 7 de diciembre de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html.

¹⁴⁸ CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996 junto con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998*. 12 de junio de 1996 (el artículo 5 bis suplementario fue adoptado en 1998), 8 de diciembre de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

¹⁴⁹ CNUDMI, *Situación actual ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas 2001*, 8 de diciembre de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_status.html.

¹⁵⁰ CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales*, Nueva York, 2005, 8 de diciembre de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

únicamente ha sido ratificado por 9 estados ¹⁵¹. Aún cuando los citados instrumentos, fueron diseñados para regular el comercio electrónico y la contratación electrónica, no han recibido la aceptación que tiene la CCIM en el mundo; y como ya lo hemos comentado tampoco resultan aplicables automáticamente a la Convención. Las partes deben especificar la aplicación de estos instrumentos en cuanto a lo no previsto por la CCIM.

El artículo 7.2 de la CCIM contempla que, por cuanto a las cuestiones que no se encuentren previstas: *“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”* ¹⁵² Por lo cual, se estableció que en los casos no previstos por CCIM, únicamente serán aplicables los principios generales de la propia convención y en su defecto con las normas del derecho internacional privado, no se estableció la aplicación de ningún instrumento internacional alternativo por lo cuál la CCIM se considera un instrumento jurídico cerrado.

La CCIM es un instrumento cerrado, por lo tanto, las Convenciones, Leyes Modelos y diversos instrumentos de derecho internacional privado que hayan surgido a la par o posterior a la CCIM, por mencionar algunas referente a la contratación electrónica como las Leyes Modelo de CNUDMI de: Comercio Electrónico (1996), Firma Electrónica (2001) y Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005) que dan solución a las cuestiones no previstas por la convención no resultan aplicables.

No obstante que los citados instrumentos contemplan la contratación internacional a través del uso de las Tecnologías de la Información (TI) y las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), no resultan aplicables a la CCIM, así lo

¹⁵¹ CNUDMI, *Situación actual convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales*, Nueva York, 2005, 8 de diciembre de 2017.

¹⁵² CCIM. Artículo 7.2. Principios de interpretación.

refiere CNUDMI a quien se le consultó vía correo electrónico¹⁵³ en el que mencionan es necesario que los Estados sean parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales¹⁵⁴ para que esa Convención pueda interactuar a nivel de tratado con la CCIM. Es necesario mencionar que dicha Convención de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales apenas ha sido ratificada por nueve Estados¹⁵⁵ a la fecha, por lo que no es comparable en lo más mínimo con la aceptación e impacto en la legislación global de la CIM.

Por lo que se puede concluir que en razón del texto del artículo 7, y los principios de la CCIM así como los principios generales del derecho internacional que hemos estudiado en los párrafos que anteceden. Es posible afirmar que la CCIM es una convención cerrada y que la aplicación de cualquier otra convención o tratado internacional como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, para solucionar casos no previstos en la CCIM, resultaría en contravención a la metodología que establece la propia convención para la solución de conflictos. Es necesario fijar que la metodología internacional en la solución de conflictos resultaría inadecuada también, para la aplicación de cualquier otro instrumento internacional; toda vez que de hacerlo así, contravendría con el objeto principal de la CCIM de ser un instrumento uniforme del derecho internacional privado.

¹⁵³ International Trade Law Division (UNCITRAL Secretariat) United Nations Office of Legal Affairs Vienna International Centre A-1400 Vienna, Austria. Luca CASTELLANI. <luca.castellani@uncitral.org> en nombre de UNCITRAL <uncitral@uncitral.org>. Enviado: jueves, 23 de febrero de 2017 12:05. Para: VICTORIA ALVA LUGO. Asunto: Re: Question CISG and CEC. Dear Ms. Alva Lugo, Thank you for your message and the interest for UNCITRAL texts. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts is not automatically binding on CISG State parties. States need to become a party to the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts for that Convention to be able to interact at the treaty level with the CISG. Kind regards.

¹⁵⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Naciones Unidas, Nueva York, 2005.

¹⁵⁵ Situación actual. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005). Camerún 01/05/2018, Congo 01/08/2014, Federación de Rusia 01/08/2014, Fiji 01/01/2018, Honduras 01/03/2013, Montenegro 01/04/2015, República Dominicana 01/03/2013, Singapur 01/03/2013, Sri Lanka 01/02/2016. Consultado el 04.12.17. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html.

2.7 La interpretación y aplicación de la CCIM al resolver controversias.

En 1989 fecha en la que entró en vigor la CCIM no se contempló el aspecto de interpretación y aplicación de la Convención, fue hasta su fase funcional, que inició cuando surgen las primeras controversias entre las partes contratantes y es necesaria su interpretación y aplicación al momento de resolver las controversias. Es en éste momento, en el que se pone a prueba la uniformidad que propone la CCIM, ya que no obstante la diversidad de las partes contratantes y las materias que tengan las controversias planteadas, deben ser resueltas con uniformidad y con base a los antecedentes que existan de cada una de ellas para que luego entonces se provea a las partes de uniformidad funcional y tangible.

Al respecto Bass Andersen¹⁵⁶ nos dice que la única forma viable de lograr cierto grado de uniformidad real en la aplicación de la CCIM es establecer el concepto de jurisprudencia internacional que se examina cuando cualquier interpretación que se requiera por el poder judicial; es decir, en todos los casos en los que las reglas no son fáciles de entender, pero puede ser guía por las decisiones existentes de otros Estados. Las pautas de interpretación del artículo 7 no cumplen el objetivo de uniformidad, al menos no en sí mismos. Por esta razón, el jurisconsultorium del CCIM debe basarse en los análisis de los precedentes CCIM existentes, ya sea directamente o a través de los estudiosos.

El principal objetivo de la CCIM es la uniformidad de la norma, y así quedó plasmado en la redacción del artículo 7¹⁵⁷ que establece la necesidad de promover

¹⁵⁶Baasch Andersen, Camila, *Uniform application of the international sales law/understanding uniformity, the global jurisconsultorium and examination and notification of the CISG*, Kluw Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2007, p. 47. It is this author's conviction that the only feasible way to achieve any degree of actual uniformity in the application of the CISG is to establish the concept of international case law which is examined when any interpretation is called for by the judiciary; i.e., in all cases in which the rules are not self-explanatory but can be guide by existing decisions from other States. The interpretational guidelines in Article 7 do not satisfy the objective for uniformity, at least not in themselves. For this reason, the jurisconsultorium of the CISG must be based on the analyses of existing CISG precedents, either directly or through scholars.

¹⁵⁷ CCIM, Artículo 7, 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la

la uniformidad en la aplicación CCIM, y las cuestiones relativas a la convención que no estén contempladas se dirimirán de conformidad con los principios generales de la convención y a falta de ellos las normas del derecho internacional privado.

Es importante mencionar que la uniformidad que propone la convención se extiende más allá del citado artículo, ya que al resolver las controversias que surgen entre las partes que celebraron contratos al amparo de la misma, deben ser resueltos de igual forma con guardando la uniformidad en cada una de las contiendas sujetas a litigio. De lo cual se ha generado un amplio compendio de jurisprudencia de la CCIM.

En la jurisprudencia de UNCITRAL¹⁵⁸ encontramos que el mandato impuesto por el párrafo 1 del artículo 7 de tener en cuenta la necesidad de promover la aplicación uniforme de la Convención se ha entendido en el sentido de que los foros que interpretan la Convención deben tener en cuenta fallos extranjeros en los que se ha aplicado la Convención. En un caso, un tribunal citó 40 fallos judiciales y laudos arbitrales extranjeros. En otros dos fallos se han citado, respectivamente, dos casos extranjeros, en tanto que hay varios casos en los que se ha citado un único fallo extranjero. En una época más reciente, un tribunal mencionó 37 fallos judiciales y laudos arbitrales extranjeros. Dos tribunales han estimado que los fallos judiciales extranjeros tienen una autoridad meramente persuasiva, pero no vinculante.

Al respecto Baasch Andersen¹⁵⁹ dice que la CCIM se conoce como ley uniforme de ventas, a menudo llamada la Ley Uniforme de Ventas Internacionales de 1980.

observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

¹⁵⁸ UNCITRAL, *Compendio de jurisprudencia basada en la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Naciones Unidas, Nueva York, EUA, 2010, p. 30.

¹⁵⁹ Baasch Andersen, Camila. *Uniform application of the international sales law/understanding uniformity, the global jurisconsultorium and examination and notification of the CISGB*, Kluw Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2007, p. 28. *The CISG is referred to as a*

A pesar de este acuerdo unánime entre los estudiosos a etiquetarlo como uniforme, la palabra no se encuentra en el título de la Convención, ni en ninguna disposición que describa la palabra o ni en los artículos de la convención encontramos la palabra uniforme.

La CCIM es un marco uniforme que provee a los firmantes un marco jurídico uniforme que se aplique a la contratación internacional de mercaderías, si bien es cierto que es difícil asegurar que sea “uniforme” en el estricto sentido de la palabra, considero que aun cuando existe divergencia en los fallos judiciales cumple el objetivo planteado de favorecer las relaciones amistosas entre los Estados y facilitar el comercio internacional.

Ejemplo de ello es la reciente incorporación de Brasil a la CCIM el 1 de Abril de 2014¹⁶⁰, que incorporó al sistema jurídico brasileño un instrumento internacional autónomo con sus propias reglas de interpretación y sus propios principios generales. Y por lo tanto es importante que los tribunales brasileños (y también más generalmente para los abogados y los abogados brasileños) tengan en cuenta el carácter internacional de la CCIM, tal como lo exige su artículo 7 (1), y que utilicen principios y cláusulas generales para interpretar la CCIM.

Estrella Faria¹⁶¹ comenta que es importante evitar la confusión entre la noción de "buena fe en el comercio internacional" en el Artículo (7.1) y el principio general de buena fe que no se aplica en la legislación brasileña y que es ampliamente aplicado por los tribunales desde su reconocimiento legal en el artículo 113¹⁶² del Código Civil como fuente positiva de obligaciones y no simplemente como un

uniform sales law, often called the 1980 Uniform Law for International Sales. Despite this unanimous agreement amongst scholars to label it as uniform, the word is found in neither the title of the Convention, nor in any provision describing the words or articles of the convention as uniform. Traducción del autor.

¹⁶⁰ La CISG entró en vigor en Brasil el 1 de abril de 2014, 24 de mayo de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

¹⁶¹ Estrella Faria, José Angel, *Another BRIC in the wall: Brazil joins the CISG. CISG and Latin America: regional and global perspectives*, Eleven International Publishing, The Hage, Netherlands, 2016, t. 21, International Commerce and Arbitration, pp.10 y 11.

¹⁶² Código Civil de Brasil. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” Art. 113. Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y los usos del lugar de su celebración.

principio de interpretación del contrato. Mientras en la CCIM sirve esencialmente como instrumento para interpretar la propia Convención y no se aplica directamente a la relación contractual entre las partes, el principio de buena fe de la CCIM puede "influir en la lectura de las comunicaciones individuales en virtud del Artículo 8 o influir indirectamente en la relación contractual entre las partes", ya que puede ser utilizada para concretar derechos y obligaciones establecidas por las disposiciones de la CCIM". Además, de acuerdo con el carácter autónomo y el origen internacional de la CCIM, el criterio de buena fe pertinente para su interpretación "no puede derivarse de los sistemas jurídicos nacionales".

No obstante la reciente adhesión de Brasil a la CISG Villas y Beckert¹⁶³ observan que sin embargo, las pequeñas empresas la mayor parte del tiempo ignoran la adhesión a la CCIM y por lo tanto forman contratos sin cláusulas de exclusión y/o exclusión optativa, y se gobiernan por la Convención. Toda vez que los Estados miembros de la CCIM son sus principales socios comerciales, y en ese sentido cobrará aplicación el artículo 1 (1) (a) -que estipula que el Convenio será aplicable cuando ambas partes tienen sus respectivos lugares de negocios en diferentes-. Por su parte, la norma brasileña de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales adopta la regla de "*lex loci contractus*" (artículo 9¹⁶⁴ de la Ley de Normas de Derecho Brasileño). Tiene que ser ejecutado en Brasil, y por lo tanto aplicará la ley brasileña en tales escenarios. Por el contrario, en virtud del artículo 1 (1) (b)¹⁶⁵ de la Convención, las normas de derecho internacional privado

¹⁶³ Estrella Faria, Angelo. Bôas Zanellato, Natália y Beckert Isfer, Tiago, *The first glance of brazilian companies at the CISG-what should foreigners expect?, CISG and Latin America: regional and global perspectives, International commerce and arbitration*, Eleven International Publishing, The Hage, Netherlands, 2016, t. 21, p.51.

¹⁶⁴ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Art. 9 Para calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en que se constituyan. § 1º. En lo que se refiere a la obligación que se ejecutará en Brasil y dependiendo de forma esencial, será esta observada, admitidas las peculiaridades de la ley extranjera en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto. § 2º La obligación resultante del contrato se considera constituída en el lugar en que reside el licitador.

¹⁶⁵ CCIM. Artículo 1. 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos

conducirían muy probablemente a la aplicación del derecho brasileño y, por consiguiente, de la CCIM.

Como se observa la interpretación y aplicación de la CCIM debe cumplir con el objetivo de uniformidad que tiene la Convención, mencionamos el caso de Brasil, por que recientemente decidió ratificar la convención no obstante la resistencia que opuso en las últimas décadas. Además de que consideramos interesante el caso de Brasil por cuanto a la forma en que la legislación interna prevé la aplicación del derecho interno y el perfeccionamiento de la compraventa

Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2.8 Cuadro normativo base de la compraventa en la CCIM.

La CCIM surge con el objetivo de establecer un nuevo orden jurídico en el que el comercio internacional se basara en la igualdad y el beneficio mutuo de los Estados para construir y fortalecer las relaciones amistosas entre la comunidad internacional.

En el artículo primero de la CCIM se establece el ámbito de aplicación de la misma y cito: “1. La presente Convención se aplicará los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.”¹⁶⁶

De lo que se observa que la CCIM busco la formación de un cuadro normativo base que provea de uniformidad a la compraventa internacional de mercaderías, además de que esta regulación fuera aplicable en los Estados parte tomando en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos que contribuirían a suprimir los obstáculos jurídicos con los que se tropieza el comercio internacional.

Sin embargo, hoy día el comercio global ha encontrado un nuevo reto que superar en las Tecnologías de la Información en lo sucesivo TIC, que revolucionaron la contratación internacional al cambiar el comercio a una plataforma virtual que se adapta a las necesidades de un mundo digital que aporta flexibilidad, agilidad y económica al intercambio comercial.

En el párrafo segundo del artículo primero hace la siguiente excepción por cuanto al ámbito de aplicación de la CCIM: “No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes

¹⁶⁶ CCIM. Artículo 1.

en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.”

En este párrafo encontramos el primer indicio de que la CCIM es únicamente aplicable a los contratos escritos, aún cuando en el diverso artículo 11 dispone: “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.” encontramos que la aplicación por cuanto al domicilio de las partes lo refiere a lo especificado en el contrato, lo que constituye un obstáculo para que la CCIM se pudiera aplicar a los contratos celebrados a través de las Tics.

Es necesario precisar que el comercio electrónico esta en pleno auge y que de acuerdo a las proyecciones de la Organización Mundial del Comercio en lo sucesivo OMC llegará a representar el cincuenta por ciento del comercio Mundial¹⁶⁷, por lo que se advierte la necesidad adecuar la CCIM al comercio electrónico.

¹⁶⁷ OMC. *El Comercio Electrónico y el Papel de la OMC*, p. 25, 9 de octubre de 2015, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/special_study_s.pdf.

2.9 ¿Es la CCIM una norma uniforme?.

El artículo 7¹⁶⁸ de CCIM establece en el párrafo primero la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de la CCIM, observando la buena fe en el comercio internacional:

“1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

En el segundo párrafo refiere a las cuestiones no previstas de la siguiente manera:

“2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”

Si bien la CCIM tiende a facilitar la armonización del derecho mercantil internacional, su aplicación entraña también una mayor necesidad de interpretación uniforme del texto en los distintos ordenamientos en que se transponga. Por consiguiente, cabe prestar atención especial a la interpretación uniforme de la Convención por remisión tanto al derecho interno como a la jurisprudencia extranjera.

De acuerdo a lo dispuesto en el párrafo segundo antes citado, los vacíos de la CCIM, es decir las cuestiones que se rigen por la Convención pero que ésta no resuelve expresamente, han de colmarse, dentro de lo posible, sin recurrir al derecho interno, sino conforme a los principios generales de la Convención. Sólo cuando no resulte posible establecer esos principios generales se permite, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 7, hacer referencia al derecho

¹⁶⁸ CCIM, Artículo 7, UNCITRAL, 18 de abril de 2016, <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.

interno aplicable. Las cuestiones que la Convención no rige en absoluto han de resolverse recurriendo directamente al derecho interno aplicable por tanto la CCIM es un instrumento internacional cerrado, ya que no acepta la suplencia de lo no previsto en ella por otros instrumentos internacionales.

Baasch Andersen¹⁶⁹ cita a N. Luhmann y dice que cualquier definición de "leyes uniformes " en el contexto de la "globalización " deben necesariamente destacar el papel de los criterios funcionales sobre los criterios geográficos, con una función disminuida de los legisladores tradicionales en los Estados-nación.

La CCIM encaja perfectamente en esta definición, ya que es una ley de la función (de las compraventas), que no tiene que ver con la geografía de las naciones, sino únicamente con miembros de la convención, como un tradicional "ley dura" instrumento de la UNCITRAL, en donde los Estados miembros por lo tanto no contribuyen en modo alguno a su regulación o Génesis con la única excepción de una limitada flexibilidad en la aplicación de las reservas, más no tienen control sobre las disposiciones.

Baasch Andersen¹⁷⁰ menciona que debido a que la CCIM es el producto de una convención diplomática, también es el resultado de los esfuerzos de cooperación de numerosos gobiernos que enviaron delegados y, por tanto, no es correcto decir que fue formulado "sub" o "después" de las naciones.

La CCIM se considera tras gubernamental, frase acuñada con sacrificio para indicar la realidad inexorable de nuestro mundo en el contexto de la globalización, donde las redes funcionalistas tras gubernamentales crean sus propias reglas, pero no necesariamente sin la participación de los gobiernos. Esta descripción se ajusta a la CCIM a la perfección. Por tanto, podemos afirmar que la CCIM es una

¹⁶⁹ BAASCH ANDERSEN, Camila. "Uniform application of the international sales law/Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification of the CISGB". Kluw Law International. Alphen aan den Rijn, The Netherlands. 2007. p. 23.

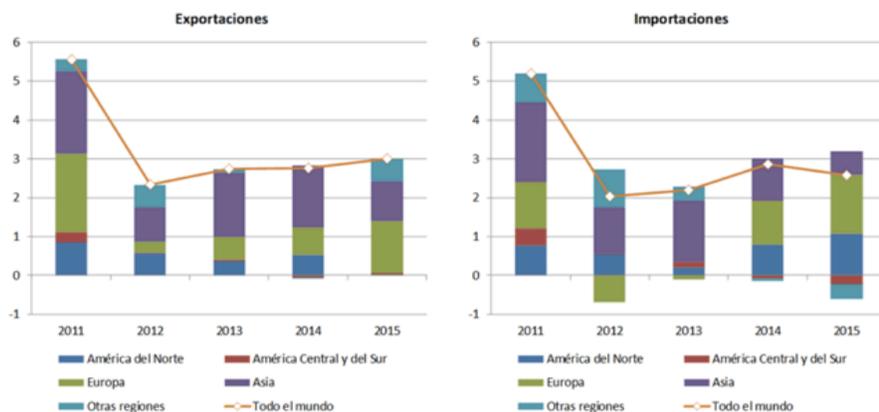
¹⁷⁰ Ídem. p. 26. Because the CISG is the product of a diplomatic convention, it is also the result of cooperative efforts from numerous governments who sent delegates and thus it is not correct to say it was formulated "sub" or "post" nationally. It is trans governmental. Slaughters coins this phrase to indicate the inexorable reality of our world in the context of globalization, where trans governmental functionalist networks create their own rules, but not necessarily without involvement from governments. This description fits the CISG.

ley uniforme que debe ser aplicada bajo los criterios funcionales y no regionales de los Estados miembro, ya que de esta manera se podrá garantizar la correcta aplicación y cumplimiento de la uniformidad.

2.10 ¿Qué interacción tiene México en la compra venta internacional de mercaderías?

La compraventa internacional de mercaderías de México, sigue la tendencia negativa que reporta la Organización Mundial del Comercio¹⁷¹ (OMC por sus siglas) de la región de América Latina¹⁷² (central en el cuadro), contrario a la tendencia mundial que reporta un crecimiento a un ritmo lento y sostenido en los últimos años, existen cambios significativos en la contribución de cada región geográfica de la OMC al crecimiento del volumen del comercio a lo largo de los años por lo que es necesario observar el crecimiento regional de acuerdo al grafico siguiente.

Gráfico 2: Contribución al crecimiento del volumen del comercio mundial por regiones, 2011-2015
Variación porcentual anual



Fuente: Secretaría de la OMC.

¹⁷¹ Organización Mundial del Comercio. *Contribución al crecimiento del volumen del comercio mundial por regiones 2011-2015 Variación porcentual anual*. Consultado 13/04/16. https://www.wto.org/spanish/news_s/pres16_s/pr768_s.htm.

¹⁷² Composición de los grupos de países. Regiones: América Latina: Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tabago, Uruguay, Venezuela y otros países y territorios de América Latina n.e.p. De acuerdo a los datos oficiales de la OMC. Consultado el 13/04/16. https://www.wto.org/spanish/res_s/statistics_s/technotes_s.htm.

Fuente OMC¹⁷³

Asia contribuyó más que ninguna otra región a la recuperación del comercio mundial después de la crisis financiera de 2008-2009. Sin embargo, la influencia de la región en el crecimiento del volumen de las importaciones mundiales disminuyó el año pasado ante la desaceleración de la economía china y de otras economías asiáticas.

Asia contribuyó con 1,6 puntos porcentuales al aumento del 2,3% del volumen de las importaciones mundiales de mercancías en 2013 (o el 73% del crecimiento de las importaciones mundiales), pero en 2015 la contribución de la región al aumento mundial del 2,6% fue de solo 0,6 puntos porcentuales (o el 23% del crecimiento de las importaciones mundiales).

En cambio, los resultados de Europa en general han pesado en el comercio mundial desde la crisis financiera, y de hecho redujeron el crecimiento de la demanda mundial de importaciones en 2012 (-0,7%) y 2013 (-0,1%). Sin embargo, en 2015 Europa volvió a contribuir de forma positiva y notable, con 1,5 puntos porcentuales, al aumento del 2,6% del volumen de las importaciones mundiales (o el 59% del crecimiento del comercio mundial). Gran parte de este repunte en Europa se debe a la recuperación gradual del comercio interno de la UE en 2014 y 2015, al disiparse el lastre de la crisis de la deuda soberana europea.

En 2015, América del Norte contribuyó positivamente al crecimiento de las importaciones mundiales (1,1%), mientras que ese mismo año la contribución de América Central y del Sur (-0,2%) y de otras regiones, que comprende África, Oriente Medio y los países de la CEI, fue negativa (-0,4%).

La tendencia negativa de crecimiento del comercio en la región de América Central que muestra el reporte de la OMC a 2015 es de -0,4%, pero ¿cuál es el valor del comercio internacional de mercaderías en México? de acuerdo a cifras

¹⁷³ Organización Mundial del Comercio. consultado 14.11.16. https://www.wto.org/spanish/news_s/pres16_s/pr768_s.htm.

del Instituto Nacional de Estadística y Geografía¹⁷⁴ (INEGI por sus siglas) a Enero 2015 indicó un intercambio global de mercancías equivalente a: 128.7 millones de dólares de exportaciones y 190.3 millones de importaciones, que sumados integran 319 millones de dólares de comercio internacional de mercaderías en enero 2015, en el que tiene aplicación la CCIM.

La tendencia negativa subsistió a enero de 2016 de acuerdo a la información de Banco de México¹⁷⁵ (BM por sus siglas) el valor de las exportaciones de mercancías fue de 29,025 millones de dólares, cifra que se integró por 27,896 millones de dólares de exportaciones no petroleras y por 1,128 millones de dólares de petroleras. En el segundo mes de 2016, las exportaciones totales exhibieron un descenso anual de 2.3 por ciento, el cual fue resultado de una contracción de 45.8 por ciento en las exportaciones petroleras, toda vez que las no petroleras aumentaron 1.0 por ciento. Al interior de las exportaciones no petroleras, las dirigidas a Estados Unidos se incrementaron 4.0 por ciento a tasa anual, mientras que las canalizadas al resto del mundo retrocedieron 12.4 por ciento, estas cifras son únicamente respecto a las exportaciones de México.

El valor de la participación de México en la compraventa internacional de mercaderías y por consecuencia la aplicación de la CCIM, de acuerdo a los datos de la OMC¹⁷⁶ a 2015 integrada por: exportaciones a la orden de 297 506 millones de dólares, e importaciones por 411 581 millones de dólares; que en suma estiman el valor del mercado mexicano en 709, 087 millones de dólares en total de acuerdo al siguiente gráfico.

¹⁷⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Balanza comercial de mercancías de México 2015*. Consultado 14.04.16. http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/continuas/economicas/externor/mensual/ece/bcmm.pdf.

¹⁷⁵ Banco de México. *Información Oportuna de Comercio Exterior, febrero de 2016*. 2016. Consultado 14.04.16. <http://www.banxico.org.mx/informacion-para-la-prensa/comunicados/sector-externo/informacion-oportuna-comercio-ext/%7B497FC777-C6F8-4E40-35DD-3FEDCDC40516%7D.pdf>.

¹⁷⁶ OMC. *Mexico. Coutry Profiles September 2015*. Consultado 15/04/16. http://stat.wto.org/CountryProfiles/MX_e.htm.

Mexico

GDP (million current US\$, 2016)	1 046 002	Rank in world trade, 2016	<u>Exports</u>	<u>Imports</u>
GDP per capita (US\$, 2014-2016)	9 630	Merchandise	13	12
Current account balance (% GDP, 2016)	-2.7	excluding intra-EU trade	8	8
Trade per capita (US\$, 2014-2016)	3 435	Commercial services	38	34
Trade (% GDP, 2014-2016)	35.7	excluding intra-EU trade	23	22

MERCHANDISE TRADE

<i>Million US\$</i>	Value	Annual percentage change		
	2016	2010-2016	2015	2016
Merchandise exports, f.o.b.	373 930	4	-4	-2
Merchandise imports, c.i.f.	397 516	4	-2	-2
	<u>2016</u>			<u>2016</u>
Share in world total exports (%)	2.34	Share in world total imports (%)		2.45
Breakdown in economy's total exports		Breakdown in economy's total imports		
By main commodity group, % (2015)		By main commodity group, % (2015)		

Del cuadro anterior se observa que la exportación de mercaderías a 2016 equivale a 373,930 millones de dólares, por cuanto a las importaciones equivale a 397,516 por lo tanto, en total el comercio de mercaderías de México equivale a 2016 a 771,446 millones de dólares. Que se traducen en millones de contratos de compraventa de mercaderías con socios comerciales de otras naciones, en los que se aplica la CCIM, independientemente de si los socios comerciales suscribieron o no la CCIM de acuerdo a la convención entrará en vigencia, toda vez que México ha suscrito la convención. Por lo que es necesario tomar en cuenta que la efectiva aplicación de la CCIM garantiza un comercio uniforme y seguro, que beneficiará el intercambio comercial de México expandiendo el intercambio de mercaderías con la comunidad internacional.

2.11 ¿Aplicación de la CCIM y su interacción con la legislación nacional?

Perales Viscasillas¹⁷⁷ comenta que las reglas de la CCIM desplazan al derecho aplicable al contrato en defecto de acuerdo entre las partes. Para aquellos ordenamientos jurídicos con un doble régimen contractual para la compraventa -compraventa civil y compraventa mercantil-, y que han adoptado la Convención de Viena, resultará que pasan a tener tres regímenes sobre compraventa.

En México el marco jurídico nacional regula la compraventa de mercaderías, en la legislación Civil federal y estatal, así como la legislación Mercantil de aplicación federal. El Código Civil Federal artículo 1,792 contempla: *“Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”*, y lo dispuesto por el diverso artículo 1,793 que dice: *“los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”*, por su parte el Código de Comercio prevé: *“Artículo 371. Serán mercantiles las compraventas a las que este Código les da tal carácter, y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar”*.

Para Perales Viscasillas¹⁷⁸ el abogado acostumbrado a la doble diferenciación de los contratos según su caracterización como civiles o mercantiles, tenderá a considerar a la Convención como una norma mercantil. Ello será así en la casi totalidad de las ocasiones, aunque no siempre, y por ello debe quedar claro que la Convención no es civil ni mercantil (art.1.3: no se tiene en cuenta ni el carácter civil ni comercial a los efectos de determinar la aplicación de la Convención).

Por ello si se cumplen las condiciones de aplicabilidad de la Convención, ésta se aplicará sin importar dicho carácter. Por contra, la mercantilidad del contrato

¹⁷⁷ Perales Viscasillas, M^a del Pilar. *El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School. New York. USA. 2001. Consultada 14/04/16. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.

¹⁷⁸ Ídem.

puede ser importante, cuando la Convención no regula alguna determinada cuestión que ha de ser enjuiciada conforme al derecho nacional no uniforme.

En cuyo caso, se habrá de investigar el carácter civil o mercantil a efectos de determinar la aplicación de las reglas del Código Civil o las del Código de Comercio son de aplicación.

Más allá de las definiciones de convenio y contrato (uno como género y el otro como especie) de orden legal nacional, y de que en el artículo 2248¹⁷⁹ de la legislación Civil Federal se establece cuando habrá compraventa; es necesario tener, con apoyo de dichos preceptos, una idea clara de este tipo de contratos en la que se incluyan, desde luego, otros elementos que no están presentes en la compraventa doméstica (sea local o nacional), pero que caracterizan a esta operación comercial en el ámbito internacional.

Elías Azar¹⁸⁰ refiere que la reforma global de la Teoría general de los Actos jurídicos electrónicos ya ha encontrado alguna respuesta judicial en sus innovaciones electrónicas a la hora de interpretar el alcance y significado de la prueba electrónica. Así la Suprema Corte de Justicia ha reconocido que las informaciones en Internet constituyen un medio de prueba idóneo, con arreglo al nuevo Art. 210-A del Código de Procedimientos Civiles (amparo en revisión 257/2000, caso Bancomer, de 26 de junio de 2001¹⁸¹). Ahora bien, es importante mencionar que el criterio de la Suprema Corte es de reconocer valor probatorio a los documentos electrónicos, sin embargo, esto no significa que por sí mismo un

¹⁷⁹ Código Civil Federal. Artículo 2248. "Habrà compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero".

¹⁸⁰ Elías Azar, Edgar. *La contratación por medios electrónicos*. Segunda Edición. Porrúa. México 2010. Pág. XXXIV

¹⁸¹ De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación "...el artículo 210-A, párrafo primero, de la legislación que se comenta, en lo conducente, reconoce como pruébala información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnologías; ahora bien, entre los medios de comunicación electrónicos se encuentra "Internet", que constituye un sistema mundial de diseminación y obtención de información en diversos ámbitos y, dependiendo de este último, puede determinarse el carácter oficial o extraoficial de la noticia que al efecto se recabe y como constituye un adelanto de la ciencia, procede, en el aspecto normativo, otorgarle valor probatorio idóneo" (resumen extraído del Repertorio ius 2002, N° Reg. 186.243).

correo electrónico pueda hacer prueba plena de la celebración de un contrato de compraventa a través de las TIC o TIC's. En todo caso, únicamente refiere a que no le negará valor probatorio al documento, por ser electrónico.

Por tanto, el contrato de compraventa internacional de mercancías es el acuerdo de voluntades entre dos personas (aunque sabemos que en algunos casos pueden ser más), mediante el cual una de ellas llamada vendedora y establecida en un país determinado se obliga a entregar material y legalmente una cantidad o volumen de mercancías o productos a otra denominada compradora establecida en otro país, quien a su vez se obliga a pagar un precio por dichos bienes; en los términos y condiciones -tanto para una como para otra obligación- convenidos entre ambas partes.

De esta breve y aparentemente sencilla idea y una vez materializada se desprenden una serie de acontecimientos y factores complejos que hacen posible la realización cotidiana de las operaciones de exportación e importación entre los distintos países que participan en el comercio internacional.

Baasch Andersen¹⁸² nos dice que la CCIM no es una ley supranacional, ni podemos suavizar el término para concebirlo como informalmente o funcionalmente supranacional. Sin embargo, hay una cortesía para los Estados de respetar la uniformidad si el CCIM y su internacionalidad.

Otra característica a resaltar es que la CCIM tiene una aplicación supranacional, esto es, y como ya se dejó entrever en líneas anteriores será la aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías cuando concurren los elementos de su regla general de ámbito de aplicación marcada en su artículo primero y por encima de las legislaciones de los dos países donde se encuentren establecidos el vendedor y el comprador, o aún de un tercer país.

¹⁸² Baasch Andersen, Camila. *Uniform application of the international sales law/Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification of the CISGB*. Kluw Law International. Alphen aan den Rijn, The Netherlands. 2007. Pág.48. "...the CISG is not a supranational law, nor can we soften the term to conceive it as informally or functionally supranational. However, there is a comity for States to respect the uniformity if the CISG and its internationality."

2.12 ¿La CCIM permite la formación de contratos a través de las tecnologías de la información?

La CCIM fue creada antes del surgimiento de las tecnologías de la información, por lo que en mi opinión aún cuando se apliquen los principios de flexibilidad y neutralidad de la CCIM, resultan insuficiente para regular la contratación electrónica debido a la complejidad que implica la contratación a distancia, así como los requerimientos necesarios de las tecnologías de la información, para sustituir la aceptación y la voluntad de las partes.

Elías Azar¹⁸³ comenta que las TIC's o Técnicas de la Información y comunicación constituyen el soporte de la última fase del Derecho de la contratación, desarrollado al compás de la tendencia económica-empresarial hacia la globalización y, con ella, la eclosión del comercio electrónico por Internet. Por esta razón las legislaciones locales y los instrumentos internacionales han visto la necesidad de actualizar los ordenamientos jurídicos de la compraventa internacional.

Así surge la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) establece los principios de neutralidad tecnológica¹⁸⁴, equivalencia funcional¹⁸⁵ y

¹⁸³ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág. XXVII.

¹⁸⁴ CNUDMI. "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998 bis". Publicación de las Naciones Unidas. New York. USA. 1992. Pág. 17. Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que figuran el de permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, son esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional. Al incorporar a su derecho interno los procedimientos prescritos por la Ley Modelo para todo supuesto en el que las partes opten por emplear medios electrónicos de comunicación, un Estado estará creando un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial.

¹⁸⁵ CNUDMI. *MLEC*. Pág. 20. La Ley Modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel 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.

no discriminación¹⁸⁶ respecto del comercio electrónico, esta no resultaría en estricto derecho, aplicable a la CCIM ya que en su estructura no hace referencia a la supletoriedad de ningún otro instrumento internacional.

Si bien, el artículo 13 de la CCIM dispone: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “por escrito” comprende el telegrama y el télex”. Existe una gran diferencia entre un “telegrama” un “télex” y las tecnologías de la información y las tecnologías de la información y comunicación; por cuanto a la complejidad tecnológica y la aceptación de la voluntad en cada una de ellas.

De acuerdo a la Real Academia de la lengua española en lo sucesivo RAE se describe por: “telegrama”: “1. m. Mensaje telegráfico. 2. m. Papel normalizado en que se recibe escrito el mensaje telegráfico”¹⁸⁷, “télex”: “1. m. Sistema telegráfico de comunicación, que se sirve de un transmisor semejante a una máquina de escribir y de un receptor que imprime el mensaje recibido. 2. m. Mensaje transmitido por télex”¹⁸⁸; y “tecnologías de la información” y “tecnologías de la información y comunicación” la RAE no reconoce el término.

Cobo Romani¹⁸⁹ define a las Tecnologías de la Información (TIC por sus siglas) como sigue “Dispositivos tecnológicos (hardware y software) que permiten editar, producir, almacenar, intercambiar y transmitir datos entre diferentes sistemas de información que cuentan con protocolos comunes. Estas aplicaciones, que integran medios de informática, telecomunicaciones y redes, posibilitan tanto la comunicación y colaboración interpersonal (persona a persona) como la multidireccional (uno a muchos o muchos a muchos). Estas herramientas

¹⁸⁶ CNUDMI. *Ibidem*. Pág. 33. El artículo 5 enuncia el principio fundamental de que los mensajes de datos no deben ser objeto de discriminación, es decir, de que esos mensajes deberán ser tratados sin disparidad alguna respecto de los documentos consignados sobre papel. Este principio debe ser aplicable aun cuando la ley exija la presentación de un escrito o de un original.

¹⁸⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. “Telegrama”. <http://dle.rae.es/?id=ZMW6zM1>. Consulta 15/04/16.

¹⁸⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. “Télex”.. <http://dle.rae.es/>. Consulta 15/04/16

¹⁸⁹ Cobo Romani, Juan Cristóbal. *El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento*. 2009. p. 313. Consultado 15/04/16. <http://www.ehu.eus/zer/hemeroteca/pdfs/zer27-14-cobo.pdf>.

desempeñan un papel sustantivo en la generación, intercambio, difusión, gestión y acceso al conocimiento”.

Por cuanto a las Tecnologías de Información y Comunicación¹⁹⁰ (TIC) tiene dos acepciones. Por un lado, a menudo, se usa el término 'tecnologías de la información' para referirse a cualquier forma de hacer cómputo; por el otro, como nombre de un programa de licenciatura que se refiere a la preparación que tienen estudiantes para satisfacer las necesidades de tecnologías en cómputo y organización.

De lo que se advierte que existe una diferencia abismal entre un “telegrama” o “télex” y las “TIC”, ya que las primeras son medios físicos que reproducen la voluntad de los ausentes, mientras que los segundos implica la intervención de diversas tecnologías del siglo XXI entre las que destacan el internet, el hardware y software, la informática y las telecomunicaciones; por lo que en mi opinión es inadecuado afirmar que la CCIM prevé la contratación por medio de las TIC. La formación de contratos la CCIM dispone en el artículo 19.1 lo siguiente: “La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.”

Al registrarse las compraventas en un entorno digital, los problemas técnicos saltan a la vista. Elías Azar¹⁹¹ refiere que la problemática de la autenticidad no se planteaba en la contratación cerrada, el carácter abierto y global de Internet suscita problemas de seguridad tecnológica y jurídica en las declaraciones de relevancia contractual en la formación y ejecución del contrato (entre ellas, los presupuestos del momento y ejecución del consentimiento; la perfección del contrato; la autenticidad del documento electrónico y su alcance probatorio y valor jurídico), así como en general de todas las comunicaciones realizadas por esta Red de comunicación; generándose en el tráfico problemas de autenticidad, con el

¹⁹⁰ Computing Careers and Degrees. Consultado 08.01.18.
http://computingcareers.acm.org/?page_id=7.

¹⁹¹ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. XXIX y XXX.

retramiento de la contratación electrónica y consiguiente freno a la tan deseada consolidación mundial del comercio electrónico.

Así también Fangfei Wang¹⁹² resalta que debido a las características únicas del Internet, los sistemas de reglamentación para regular las tecnologías y las transacciones tradicionales pueden no ser precisos y suficientemente aplicable a la contratación electrónica existentes.

Por lo tanto, la solución sería bien aplicar las leyes existentes e interpretarlas de una manera que refleja la complejidad de la contratación en línea o, en su caso, adoptar nuevos reglamentos o directivas para abordar el desarrollo de la tecnología y disputas recién levantadas.

Fangfei Wang¹⁹³ nos dice que nuevas leyes y convenciones que rijan las cuestiones de las transacciones comerciales electrónicas modelo son necesarias porque los principios simples, básicos y fundamentales en el plano internacional, que es, a su vez, esencial para proporcionar una infraestructura legal uniforme para transacciones comerciales electrónicas mundiales.

Por lo tanto, la solución sería aplicar la CCIM en combinación a los principios de UNCITRAL para el comercio electrónico; que en su opinión es inadecuado y genera la necesidad de aplicar además otras disposiciones de UNCITRAL como Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, además de hacer uso de la jurisprudencia de la CCIM y aún así tendríamos problemas por resolver.

¹⁹² Fangfei Wang. Faye. *Law of Electronic Commercial Transactions. Contemporary issues in the EU, US and China*. Routledge Research in IT and E-Commerce Law. New York U.S.A. 2010. p. 76.

¹⁹³ *Ibidem*. p. 71. In summary, because of the unique features of the internet, existing regulatory schemes designed to regulate traditional technologies and transactions may not be accurate and sufficiently applicable to electronic contracting. In the author's opinion, new model laws and conventions governing issues of electronic commercial transactions are necessary because they simple, basic and core principles at the international level, which is, in return, essential to provide a uniform legal infrastructure for global electronic commercial transactions.

En mi opinión es necesario una nueva CCIM, que integre los avances tecnológicos y los instrumentos que para su regulación han sido creados en las últimas dos décadas para dar uniformidad a las nuevas leyes y convenciones que rigen las cuestiones de las transacciones comerciales electrónicas; que sea un verdadero modelo y principios simples, básicos y fundamentales en el plano internacional, toda vez que son esenciales para proporcionar una infraestructura legal uniforme para transacciones comerciales electrónicas mundiales.

Fangfei Wang¹⁹⁴ comenta que la CCIM carece de disposiciones que regulen las comunicaciones individuales de los contratos electrónicos, que se convierten en un tema digno de mencionar en tratándose de transacciones electrónicas.

Lo que sugiere la doctrina de las comunicaciones individuales en la celebración de un contrato electrónico como condición. Esto significa que debería ser obligatorio para las partes ser conscientes de las comunicaciones y de los servidores para proporcionar funciones de las partes al expresar sus voluntades.

La CCIM no se pronuncia sobre la batalla de las formas en las transacciones comerciales electrónicas, que, en opinión de Fangfei Wang, deben incluirse, ya que se producirá más a menudo cuando más y más grandes o medianas empresas se involucran en el comercio electrónico. Así también Elías Azar¹⁹⁵ refiere que nuclean las propuestas y reformas legislativas nacionales e internacionales sucedidas desde finales del siglo XX, en las que se advierten las corrientes autor reguladoras anglosajonas. De un lado a través del llamamiento a la autonomía de la voluntad de los agentes económicos para que elaboren sus Códigos de Conductas, como fórmulas de competencia en el mercado por parte

¹⁹⁴ *Ibidem.* p. 73. “The UN convention lacks provisions regulation individual communications of e-contracts, which become a noteworthy issue in electronic transactions. With the improvement of IT industry and e-commerce service online companies can offer customers many more choices when they order products or services online, by pressing different functional buttons and inputting different variations. But suggesting the doctrine of individual communications in concluding an e-contract as a condition. It means that it should be compulsory for parties to be aware of communications and for the servers to provide functions for parties to express their contents. The UN Convention is silent on battle of forms in electronic commercial transactions, which, in the author’s view, should be included since it will occur more often when more and more large or medium-size firms get involved in e-trading.”

¹⁹⁵ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. XXXI.

de los profesionales del comercio electrónico. De otro, potenciado el llamamiento al Arbitraje y otros mecanismos ADR¹⁹⁶ en sus respectivos contratos como medio de solucionar sus controversias.

Coincido en que la CCIM resulta insuficiente por si misma para regular el fenómeno de contratación electrónica, y que de manera indebida se ha salido avante, incorporando los subsecuentes instrumentos internacionales desarrollados para normar jurídicamente el entorno digital. Sin embargo, las disposiciones del “comercio electrónico”, en donde se reconoce la validez de los contratos electrónicos y la inalterabilidad del Derecho tradicional de Obligaciones y contratos, así como el reconocimiento y valor procesal de la prueba electrónica, no existen en la CCIM y por tanto es necesario su actualización al nuevo “comercio electrónico”.

¹⁹⁶ ADR. Sistemas alternativo de solución de controversias (Alternative Dispute Resolution).

2.13 La CCIM y la batalla de las formas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se formó para proporcionar normas uniformes que regulen la venta internacional de mercancías, contribuyendo así al fomento del comercio internacional. La CCIM regula dos aspectos principales del contrato de venta internacional: la formación de un contrato y la obligación de las partes. Las disposiciones sobre formación rigen muchas cuestiones sobre oferta y aceptación. El artículo 19 proporciona un conjunto de reglas para resolver las discrepancias entre los términos de la oferta y el término de la aceptación. Sin embargo, existe controversia sobre la forma correcta de interpretar la CCIM en situaciones donde la supuesta forma de aceptación contiene condiciones generales que alteran materialmente la oferta, lo que resulta en una "batalla de las formas". Algunos comentaristas argumentan que los tribunales deben aplicar la ley nacional, mientras que otros argumentan que los principios generales de la CISG pueden resolver una batalla de las formas sin el uso de leyes nacionales.

El principio de la buena fe, en buena medida da flexibilidad en la aplicación de la CCIM, y es a través de este principio que se busca una interpretación más moderna y amplia de la convención que pueda adecuarse a los desarrollos tecnológicos. Estrella Faria ¹⁹⁷ comenta que el brasileño ha seguido tradicionalmente la teoría de los despachos con fines de formación de contratos, mientras que los redactores de la CCIM escogieron la teoría de la recepción como regla general. En virtud de la CCIM, los contratos se celebran "en el momento en que la aceptación de una oferta se haga efectiva de conformidad con las disposiciones de esta Convención" (Artículo 23), y que ocurre cuando "la indicación de asentimiento llega al oferente" (2). A los efectos de la CCIM, una oferta de contrato, es la aceptación o cualquier otra manifestación de intención "alcanza" a su destinatario cuando se le hace oralmente o se le entrega por

¹⁹⁷ Estrella Faria, José Angel. *Another BRIC in the Wall: Brazil Joins the CISG. CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. International Commerce and Arbitration Volume 21, Eleven International Publishing, The Hage, Netherlands, 2016. pp.11-12.

cualquier otro medio a su domicilio o dirección postal o, si no tiene domicilio social o dirección postal, a su residencia habitual (artículo 24). Sin embargo, en algunas circunstancias especiales de formación en las que el momento de recepción no proporcionaría una base adecuada, la CCIM tiene en cuenta el momento de "envío" de comunicaciones en el contexto de la formación del contrato.

La diferencia en las reglas de formación de contratos no se consideró un impedimento para la adhesión de Brasil a la CCIM. De hecho, la "recepción" en la CCIM no es entendida por los comentaristas y la jurisprudencia como el momento en que la comunicación entra en la esfera de control de la dirección. Hasta ese momento, el remitente es responsable de asegurar que la comunicación llega al destinatario dentro del plazo establecido. El oferente no está sujeto a la oferta mientras no haya recibido una aceptación, a diferencia de las jurisdicciones de despacho donde el momento crucial es cuando la comunicación abandona la esfera de control de su autor, quien desde ese momento ya no lleva el riesgo de pérdida o retraso de la comunicación.

La significación concreta tanto de la teoría de emisión como de la teoría de recibo es la forma en que asignan el riesgo de pérdida de comunicación antes de llegar al destinatario, que es durante el tiempo en que la comunicación no está bajo el control de ninguna de las partes. Ambas teorías tienen sus inconvenientes y cierto grado de arbitrariedad. La solución de compromiso de la CCIM ofrece un trato justo a ambas partes, ya que al exigir su aceptación protege al oferente contra el riesgo de demora en la transmisión. En el contexto internacional, la solución de la CCIM es también más equitativa que los rígidos principios del artículo 434¹⁹⁸ III del Código Civil brasileño que invalidan la aceptación recibida después del período fijo sin tener en cuenta la diligencia del destinatario.

¹⁹⁸ Código Civil de Brasil. Art. 434. *Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencional.* Art. 434. Los contratos entre ausentes se hacen perfectos desde que la aceptación se expide, excepto: I - en el caso del artículo anterior; II - si el licitador se ha comprometido a esperar respuesta; III - si no llega en el plazo convenido.

La significación concreta tanto de la teoría de emisión como de la teoría de la recepción es la forma en que asignan el riesgo de pérdida de comunicación antes de llegar al destinatario, que es durante el tiempo en que la comunicación no está bajo el control de ninguna de las partes. Ambas teorías tienen sus inconvenientes y algún grado de arbitrariedad. La solución de compromiso de la CISG ofrece un trato justo a ambas partes, ya que al exigir la aceptación protege al oferente contra el riesgo de demora en la transmisión. En el contexto internacional, la solución de la CCIM también es más equitativa que los rígidos principios del artículo 434 III del Código Civil Brasileño que invalidan la aceptación recibida después del período fijo sin tener en cuenta la diligencia del beneficiario.

Moccia¹⁹⁹ refiere que el éxito de la CCIM depende de una interpretación uniforme de sus disposiciones. Su éxito también depende de una interpretación uniforme de los asuntos que no están resueltos expresamente por la CCIM. No se alcanzará la uniformidad en los casos de la batalla de las formas si los tribunales recurren a la legislación nacional, ya sea a través de la cláusula de relleno del artículo 7 (2) o la exclusión de validez del artículo 4, porque los estados miembros no resuelven el problema en de una manera uniforme. En consecuencia, los tribunales deberían recurrir a la CCIM y aplicar sus principios generales en los casos de la batalla de las formas. Existen amplias soluciones dentro de la CCIM para abordar adecuadamente el problema y ayudar a promover el objetivo de uniformidad de los redactores.

Ahora bien, el problema de la batalla de las formas también debe ser considerado en el entorno digital, para alcanzar un criterio universal sobre la recepción y el

¹⁹⁹ Moccia, Cristine. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods and the "Battle of the forms"*. Consultado 09.01.18. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/moccia.html>. "The success of the CISG depends on uniform interpretation of its provisions. Its success also depends on uniform interpretation of the matters that are not expressly settled by the CISG. Uniformity will not be reached in cases of the battle of the forms if courts resort to domestic law, either through the gap-filling provision of article 7(2) or the validity exclusion of article 4, because member states do not resolve the issue in a uniform manner. Consequently, courts should look to the CISG and apply its general principles in cases of the battle of the forms. There are ample solutions within the CISG to address adequately the issue and help to promote the drafters' goal of uniformity".

envío de los mensajes electrónicos. Para que no sea utilizado el derecho de los estados y se alcance un criterio uniforme sobre el particular, que garantice un marco jurídico uniforme para los Estados miembro.

2.14 Formación y modificación del Contrato.

La segunda parte de la CCIM está dedicada a la formación del contrato, el artículo 14²⁰⁰, regula el proceso de formación del contrato mediante el intercambio de dos declaraciones de voluntad, la oferta y la aceptación. Una vez que recae la aceptación y ésta adquiere efectividad, el contrato se entiende perfeccionado y las partes quedan obligadas a las prestaciones comprometidas.

Los artículos 14 a 17 de la CCIM se dedican a la oferta, los artículos 18 a 23 a la aceptación y el artículo 24 establece la regla general en torno a la efectividad de las declaraciones de voluntad en esta parte de la Convención.

En ocasiones resulta difícil determinar cuándo estamos en presencia de una oferta o de una aceptación, por ejemplo, cuando las negociaciones son largas y complicadas. El artículo 14.1 de la CCIM establece cuales son los elementos mínimos esenciales que deben constar en la oferta para que ésta pueda ser aceptada.

Perales Viscasillas²⁰¹ nos dice que se trata de que la propuesta de celebrar un contrato debe ser precisa e indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación; son necesarias la intención del oferente y la precisión de la oferta.

Intención del oferente. Una oferta no necesita contener las palabras "oferta de contrato" para que vincule al oferente, lo único que es necesario es que se derive del contenido de la oferta el nacimiento de un contrato. Por ello no puede

²⁰⁰ CCIM. Artículo 14. 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

²⁰¹ Perales Viscasillas, M^a del Pilar. "El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)". Pace Law School. New York. USA. 2001. Consultado 09.01.18. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>. Consultada 14/04/16.

entenderse que existe una oferta si se añade alguna cláusula del tipo "salvo aceptación de la casa", "sin compromiso" u otras análogas.

Precisión de la oferta. Para que una oferta se considere suficientemente precisa debe contener una indicación de las mercaderías, la cantidad y el precio. Los dos últimos elementos pueden ser señalados de forma expresa (cantidad de unidades y precio por unidad) o de forma implícita (por remisión a las negociaciones previas, a los usos o prácticas establecidas con anterioridad por los contratantes).

Además, pueden ser determinados o determinables, o estableciendo un tope máximo y otro mínimo. Tanto el precio como la cantidad pueden determinarse por un tercero o, incluso, por una de las partes. En caso de que ninguna de ellas pueda determinarlo, parece que se podría aplicar el estándar de la razonabilidad para subsanar esa deficiencia. En cuanto a la forma que debe revestir la oferta, rige el principio de libertad de forma, así por caso podría ser una factura.

Adame Goddard²⁰² afirma que para la formación de una nueva ciencia del Derecho Privado, de carácter internacional o común, en la perspectiva dorsiana, podría irse formando a partir de las obras doctrinales del derecho privado, siendo el antecedente común de los códigos civiles actuales, el *Corpus Iuris Civiles*, y la elaboración doctrinal que se hizo del mismo en la Edad Media, y que dio como resultado el *Ius Commune*. El *Corpus Iuris Civiles* es también antecedente común del *Common Law*, el cual recibió la influencia romanista a través de los tribunales de la *Equity*, cuyos jueces conocían o se habían formado en el *Ius Commune*.

Así, haciendo la debida referencia al antecedente común, que es el *Corpus Iuris Civiles*, o mejor dicho a la doctrina jurídica elaborada con base en él. Comenta que al comparar el orden de las materias a que se refiere la parte general de las obligaciones en los códigos civiles modernos más representativos, el código civil francés, el código alemán y el código italiano, tienen un esquema común, que coincide con el orden de materias de la conocida obra de E. Poithier, titulada *Tratado de las obligaciones*. Y más tarde Guzmán Brito, logra establecer,

²⁰² Pampillo y Munive, Jorge Adame Goddard. Op. Cit., p. 149.

mediante una comparación del orden de esa obra con el de las instituciones de Justiniano, que tal orden corresponde a los títulos de las Instituciones relativos a las estipulaciones o promesas, y puede considerarse que el origen o antecedente común de la teoría general de las obligaciones son los títulos 13, 15 a 19 y 29 del Libro Tercero de las Instituciones de Justiniano.

D'Ors citado por Adame Goddard²⁰³ plantea un "proto-arqueotipo común" para establecer el antecedente común de textos e instituciones jurídicas. Sostiene que, a partir del cuadro de las instituciones jurídicas, se puede inferir, por una nueva abstracción, "ciertas constantes o principios a los que las "instituciones" parecen hallarse necesariamente sometidas"; el conjunto de estos principios constituye la "meta historia jurídica". Sostiene que los principios de la meta historia jurídica son conocidos por inducción, a partir de la experiencia histórico-jurídica, que logra reconocer "ciertos arquetipos institucionales" que son "como modelos impuestos por la misma realidad de la experiencia jurídica: la naturaleza de las cosas", son "modelos institucionales que parecen informar necesariamente las instituciones jurídicas" es decir modelos principios jurídicos que se conocen por inducción a partir de la experiencia histórica recogida en los textos jurídicos. Goddard concluye que para la renovación de la Ciencia del Derecho Privado se pueden considerar como puntos de partida los principios jurídicos de la ley natural relativos a derecho privado, que son muy pocos, como el ser fiel a la propia palabra, o el de respetar la propiedad ajena, o el de abstenerse del dolo engaño. Además, esos arquetipos de que habla D'Ors o "meta historia jurídica", así como las instituciones privadas comunes a todos los pueblos o *ius gentium*.

Coincidimos con Adame Goddard cuando afirma que el orden sistemático actual, presenta el Derecho Privado como un conjunto ordenado de principios y reglas generales abstractas, separadas de los casos que fueron origen de tales reglas y principios. Es el orden de los códigos civiles, pero también el de los libros destinados a la enseñanza del derecho civil, cuyo prototipo son los libros elaborados pandectística alemana. El contenido de la ciencia jurídica renovada

²⁰³ Ibidem. Págs. 150 a 151.

debe contemplar, además de reglas generales, distinciones y definiciones, los casos típicos, es decir aquellos que son los más frecuentes o importantes en cada institución, que incluya la consideración de la metodología propia del Derecho.

Ahora bien, ¿cómo se debe regular el consentimiento en el entorno digital? Elías Azar²⁰⁴ refiere que la contratación electrónica o por medios electrónicos adentra a la revisión de los institutos y bases codificados. De una parte, obliga a reflexionar sobre la tradicional función de los contratos como institución de auxilio en el gobierno de las relaciones jurídicas privadas. De otra, su incardinación en la realidad plural interactiva, económica, internacional y tecnológica fuerza a revisar la construcción del Derecho general de la contratación, elaborada sobre el documento en papel, con firma manuscrita y postulados fácticos e ideológicos del siglo XIX.

Añadiría, que es necesario considerar a las tecnologías de la información como fuente del derecho privado internacional, y esto es así porque mientras las diferentes legislaciones y sus antecedentes históricos pueden ser diversos de Estado a Estado, las tecnologías de la información tienen principios tecnológicos que son iguales en su ejecución en todo el mundo, es decir Internet será “Internet” en México ó en China, la única diferencia estriba en la forma en que cada Estado quiere dirigir la fuente del derecho tanto en las libertades y límites jurídicos en cada uno de sus territorios.

Elías Azar²⁰⁵ refiere que al lado de la modernización tecnológica dl Derecho de Obligaciones y Contratos, el auténtico desafío lo constituye la toma de partido respecto de la conveniencia en alcanzar un equilibrio entre los intereses en conflicto o sacrificar unos en beneficio de otros. Y cita a Finocchiaro “En la sociedad globalizada es preciso reflexionar, no sólo en el Derecho sino también en las fuentes del Derecho y la Doctrina de las fuentes del Derecho”.

Es mi opinión que las tecnologías de la información no deben de ajustarse a uno de los sistemas jurídicos o marcos jurídicos internacionales en materia de

²⁰⁴ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. XXVIII

²⁰⁵ *Ibide.* p. XXXVII.

contratación internacional. Por el contrario, debemos hacer un giro de 180 grados y entender que las tecnologías de la información siguen sus propios principios y aprovecharlos en la formación de contratos para que no exista problema alguno en su interpretación. Así tendremos que un mensaje de datos será recibido cuando las tecnologías de la información así lo puedan probar, de igual forma, la modificación en su contenido es decir “la modificación de la oferta” o su “rechazo”, de igual forma el pago y la aceptación del producto.

2.15 Conclusiones.

La CCIM es sin lugar a duda el Instrumento Internacional de Derecho Privado más firmado en la historia con 89 Estados suscritos, su importancia y excelente preparación técnica para adaptarse en el Mundo, es reconocida por la comunidad internacional logrando el objetivo de alcanzar la unificación de un marco jurídico para la compraventa internacional de mercaderías.

El éxito de la también llamada Convención de Viena es el resultado del minucioso grupo de trabajo que participó en su elaboración, contando con reconocidos juristas de las tres familias jurídicas que prepararon un instrumento mundial. Sin duda ha regulado con gran éxito desde su creación en los 80 a la operación más realizada en el Mundo, sin embargo, la Convención fue creada para operaciones celebradas entre personas presentes, que regulaba hechos fácticos que se suscribían con firma de puño y letra en papel desde el siglo XIX. Por tal motivo se creó como una Convención es cerrada, que no permite que ningún otro instrumento supletorio para su interpretación.

La era de la información, ha desactualizado los postulados de la CCIM la creación del Internet, las tecnologías de la información y las tecnologías de la información y la comunicación han creado una sociedad informacional, que se comunica en redes sociales y realiza operaciones bancarias en dispositivos móviles, creando un vertiginoso intercambio comercial. Para alcanzar la velocidad de la era líquida, se crea el comercio electrónico y el contrato electrónico. Aún cuando los esfuerzos internacionales de CNUDMI han dado extraordinarios instrumentos internacionales no se ha concretado una nueva Convención que regule la compraventa internacional, sólo se ha logrado la creación de leyes modelo que se ponen a disposición de la comunidad internacional por tanto no alcanzan la fuerza vinculante de la CCIM y la única Convención no ha logrado una aceptación generalizada.

Entre los instrumentos reguladores de la compraventa electrónica destacan la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (creada en 1996 inspirando a 71 legislaciones), Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas

(creada en 2001 ha inspirado a 32) y la más reciente que sí alcanzó el rango de Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (creada en 2005 y que ha sido suscrita por 9 Estados, México no es parte) esta última no alcanzado la aceptación de la comunidad internacional. Ninguno de los mencionados instrumentos pueden ser incorporados o complementados con la CCIM, si bien es cierto pueden ser llamado en aquellos casos en que el Estado del que es una o ambas partes contratantes que sean parte, o se haya acordado su inclusión en el contrato, resultan inaplicables.

CAPITULO TERCERO

3. DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.

3.1 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). 3.1.1 CNUDMI Origen, mandato y composición. 3.2 La Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (1996). 3.2.1 ¿Por qué es importante la uniformidad en el tratamiento de las TI y las TIC's? 3.3 Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). 3.4 Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (Nueva York, Estados Unidos 2005). 3.5 Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónica (2007). 3.6 La directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de trece de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el diecinueve de enero del dos mil, por la que se establece un marco comunitario para la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. 3.7 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de ocho de junio de dos mil, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. 3.8 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado, Unidroit. 3.9 The Principles of European Contract Law PECL. 3.12 El Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado Unidroit, los Principios UNIDROIT para la contratación internacional, y, las Cláusulas Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales y su aplicación a la CISG. La utilización de instrumentos internacionales de "soft law" en la compraventa internacional de mercaderías ¿actualización de la CISG?. 3.13 Conclusiones.

DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.

Estrella Faria²⁰⁶ los esfuerzos internacionales para unificar y armonizar el derecho privado datan del siglo XIX. Las primeras organizaciones internacionales que reúnen las reglas de derecho internacional privado, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (la Conferencia de la Haya) fue creada ya en 1893 seguida en 1926 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), como un órgano especial de la Sociedad de Naciones. Europa fue históricamente el motor del movimiento de unificación legal, y las actividades de la Conferencia de La Haya o de UNIDROIT quedaron confinadas a Europa durante mucho tiempo. El paisaje cambió considerablemente después de la Segunda Guerra Mundial. No sólo aumentó considerablemente el número de actores y temas de armonización, sino también varios organismos especializados y organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, incluidas las Comisiones de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y otras organizaciones mundiales o regionales.

Las tecnologías de la información gobiernan a la sociedad informacional, por tanto, los instrumentos internacionales se han adaptado a la nueva plataforma digital. Muestra de ello son los instrumentos creados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El primero de ellos son las “Recomendaciones dirigidas a los gobiernos y a las organizaciones internacionales acerca del valor jurídico de los registros de computadora” creadas en 1985. Posterior a estas recomendaciones se creó la “La Ley Modelo de la

²⁰⁶ Estrella Faria, José Angelo, Op. Cit. p. 351.

CNUDMI sobre Comercio Electrónico”²⁰⁷ en 1996. El desarrollo del comercio electrónico fue fundamental para la nueva economía global.

Por lo que la Ley modelo sobre Comercio Electrónico fue insuficiente, y fue necesaria complementarla con la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas”²⁰⁸ en 2001; con este último instrumento se provee al comercio internacional de un medio uniforme de autenticación de las personas distantes, que da certeza jurídica a la contratación electrónica. Sin embargo, se advirtió las complicaciones y diferencias que implica la contratación a través del uso de las Tecnologías de la Información (TI) y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC’s). Por lo cual, se crea un nuevo instrumento para complementar la regulación la “Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”²⁰⁹ de Nueva York, Estados Unidos en 2005.

La contratación electrónica ofrece ventajas económicas considerables, respecto al comercio tradicional uno a uno, ejemplo de ello es el ahorro en tiempo y dinero que implica trasladar a las personas para que se encuentren físicamente reunidas. Además del beneficio incomparable de la inmediatez de los medios electrónicos y que desde el lugar en el que se encuentre el comprador y/o vendedor las mercancías se insertan en el comercio global en el que son comparadas, vendidas y revendidas aún antes de salir del almacén.

Sin embargo, también crea un entorno de desconfianza y de inseguridad entre los participantes; toda vez que al no encontrarse presentes y no contar con un instrumento jurídico físico que exprese y vincule a las partes a cumplir lo pactado, en muchas ocasiones puede demeritar los beneficios de la era digital. Por esta

²⁰⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998. Naciones Unidas, Nueva York, 1999. Consultado 03.05.17. https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf.

²⁰⁸ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001. Naciones Unidas, Nueva York, 2002. Consultado 03.05.17. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>.

²⁰⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Naciones Unidas, Nueva York, 2007. Consultado 03.05.17. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

razón se creó el “Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas”²¹⁰ en 2007.

Ahora bien, como ya lo hemos mencionado el comercio electrónico es un área que fue regulándose poco a poco a medida que las transacciones comerciales hechas a través de las TI y las TIC’s fueron predominantes en el concierto internacional. Por lo cual la Unión Europea (UE) se preocupó por crear un instrumento que unificara la legislación y estableciera un marco mínimo que para la firma electrónica, que diera seguridad a las operaciones del comercio electrónico y creó la “Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo de 13 de diciembre de 1999”²¹¹.

A este primer instrumento, la UE siguió legislando entorno a la materia electrónica y crea una nueva directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo de 8 de junio de 2000²¹². Por su parte el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión la unificación del derecho privado, también creó instrumentos que, si bien es cierto que son no vinculantes para la comunidad internacional, tienen gran calidad y prestigio y son inspiradores en la elaboración de instrumentos internacionales y locales.

²¹⁰ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo de 8 de junio de 2000. Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas. NACIONES UNIDAS Viena, 2009. Consultado 03.05.17. https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf.

²¹¹ 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. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Consultado 03.05.17. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:013:0012:0020:ES:PDF>.

²¹² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016. Consultado 03.04.17. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>.

Así los Principios UNIDROIT en su más reciente versión de 2016²¹³, establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, así también Las cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT²¹⁴ se basan principalmente en el uso de los Principios de UNIDROIT en la práctica de contratos y resolución de controversias transnacionales, es decir, reflejan las diferentes formas en que los Principios de UNIDROIT son referidos por las partes o aplicados por jueces y árbitros.

Es evidente que existen diversos instrumentos internacionales que regulan la contratación a través de las TI y las TIC's; los hay vinculantes también llamados "*hard law*" y no vinculantes también llamados "*soft law*". Sin embargo, se observa que los diversos instrumentos fueron creados en organismos y años diferentes, a la par del desarrollo de las tecnologías y la necesidad de regularlas. Ninguno de ellos regula por completo todos los aspectos de la compraventa internacional de mercaderías como lo hace la CISG.

Por tanto, no pueden igualar la efectividad y fuerza vinculante de una Convención Internacional, por esta razón resultan insuficientes para brindar seguridad y certeza jurídica a las operaciones mercantiles realizadas a través de las TI y TIC's. Solo serán aplicables cuando las partes acuerden en la formación del contrato que dichos instrumentos serán aplicables a la operación, y podrán guardarse las reservas que consideren apropiadas ó incluso solo aceptar alguno de los instrumentos de "*soft law*".

²¹³ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome, 2017.

²¹⁴ Model Clauses for the use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome 2013. Consultada 03.05.17. <http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>.

3.1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI también conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL)²¹⁵ es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Este órgano jurídico es de composición universal, y está dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial con una tradición de más 40 años. El objetivo principal de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, los instrumentos que elabora poseen un estimable valor orientador.

La modernización del comercio se refleja de forma directa en el acelerado crecimiento, y mejora de la tecnología que rige a las sociedades modernas que rompe fronteras a través de la globalización, la aportación de CNUDMI a esta transformación tecnológica es la elaboración de normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales en todo el mundo.

Entre las actividades principales de CNUDMI se destacan la elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial, preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico, presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno, prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación, así como la organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

Es de nuestro interés destacar la primera de las actividades antes enunciadas consistente en la *Elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial*, debido a que en lo sucesivo nos avocaremos al estudio de la Ley

²¹⁵ Nota del Autor. Cuya denominación en Inglés es “*United Nations Commission on International Trade Law*” cuyas siglas son *UNCITRAL*.

Modelo CNUDMI en materia de Comercio Electrónico, no sin antes mencionar que la labor que hace este organismo internacional en materia mercantil es de suma importancia y reconocimiento a nivel mundial.

Al respecto Víctor Castrillón y Luna²¹⁶ cita a Omar Blanco y dice que UNCITRAL, es la institución globalizadora que ha intervenido para tratar de regular la expansión comercial a través de la armonización del derecho mercantil, cuya finalidad es la promoción de la unificación y la armonización del derecho mercantil, ya que las instituciones del derecho mercantil enfrentan el carácter evolutivo de transformación y superación de conceptos, de conformidad con los avances tecnológicos, con los nuevos medios de comunicación y con la contratación masiva para los enormes mercados de consumo.

Coincidimos con el autor en afirmar que la interacción de la sociedad a través de los medios electrónicos ha generado un mercado de compra masivo, que presenta características innovadoras que rompen con los conceptos jurídicos que maneja el comercio tradicional. Por lo que es necesario que ante la evolución tecnológica se genere la evolución de las instituciones jurídicas al ser el comercio una de las áreas prioritarias para el desarrollo de la economía de un Estado.

Víctor Manuel Castrillón y Luna²¹⁷, comenta que UNCITRAL ha sido el organismo mundial central y más importante que ha impulsado la armonización y unificación de las normas internacionales para dar curso legal a la expansión del comercio mundial, que patentizó hacia 1960 la necesidad que los Estados y los agentes del comercio mundial percibían de que se contara con normas y reglas de alcance mundial para armonizar y modernizar la diversidad de las reglamentaciones nacionales y regionales que para entonces regulaban el comercio internacional.

México ha sido miembro de la CNUDMI desde su creación en 1966 y ha participado de manera activa en las reuniones de los diferentes grupos de trabajo, adoptando la mayoría de sus acuerdos. La CNUDMI ha preparado importantes

²¹⁶ Castrillón y Luna, Víctor Manuel. Tratado de Decho Mercantil . Op Cit. Pág. 1258.

²¹⁷ *Ibide*. Pág. 1260.

textos jurídicos internacionales sobre temas como la compraventa de mercaderías, el transporte, la solución de controversias, la contratación pública y el desarrollo de infraestructura, los pagos internacionales, el comercio electrónico y la insolvencia.

La CNUDMI ha establecido varios grupos de trabajo, integrados por todos sus Estados Miembros, que se reúnen una o dos veces por año ya sea en Nueva York o Viena, a fin de elaborar textos encaminados a simplificar las operaciones comerciales, disminuir los gastos que ocasionan y armonizar legislaciones nacionales específicas. También se invita a participar en las deliberaciones a Estados que no son miembros y a organizaciones regionales e internacionales interesadas. Los proyectos de texto que se preparan se someten a consideración de la Comisión –que sesiona una vez por año– para su aprobación correspondiente.

Actualmente, los grupos de trabajo son los siguientes:

- Grupo de Trabajo I – Contratación Pública.
- Grupo de Trabajo II – Arbitraje y conciliación internacionales.
- Grupo de Trabajo III – Solución de controversias por vía informática.
- Grupo de Trabajo IV – Comercio electrónico.
- Grupo de Trabajo V – Régimen de la insolvencia.
- Grupo de Trabajo VI – Garantías reales.²¹⁸

La Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas presta a la CNUDMI servicios de secretaría sustantiva y se encarga, por ejemplo, de realizar investigaciones y de preparar estudios y proyectos, así como de proporcionar apoyo técnico e información a los

²¹⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Consultado el 2 de agosto 2013. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/methods.html>.

Estados. En la actualidad, la Comisión se dedica al examen de cuestiones relativas al *arbitraje internacional*, el derecho del transporte, el *comercio electrónico*, el régimen de la insolvencia, las garantías reales y la contratación pública.

El resultado del trabajo de la comisión se traduce en la mejora, modernización y homogeneidad en los sistemas de jurídicos de los estados miembros que adoptan sus directrices, y como resultado impacta y facilita el intercambio comercial entre los Estados, al tener sistemas jurídicos compatibles que se traducen en seguridad y certeza jurídica en las operaciones.

3.1.1 CNUDMI: Origen, Mandato y Composición.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-CENUDMI), establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, cumple una vital función en el desarrollo del comercio mundial en cumplimiento de su mandato de promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional mediante la reparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil.

Castrillón y Luna²¹⁹, comenta que la Asamblea General de las Naciones Unidas encomendó a la UNCITRAL la tarea de armonizar y unificar el derecho mercantil internacional, mediante la preparación de convenios internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, continuando así la labor que desempeñara su antecesora Sociedad de las Naciones que entre los diversos instrumentos creados para fines similares, concibió en el año de 1930 la Ley Uniforme de Ginebra que representa el primer tratado internacional multilateral de alcance mundial que permitió la unificación en materia de títulos de crédito haciendo posible el comercio mundial cuando menos en lo relativo a la documentación de las operaciones mediante la utilización de tan valiosos necesarios instrumentos como la letra de cambio, el pagaré y el cheque.

Así, complementando y ampliando significativamente la labor desarrollada por su predecesora, la ONU emprendió la tarea de la armonización y de la unificación de las normas internacionales que habrían de ser sumamente útiles en materia de contratación internacional, enfrentando como obstáculos la imprevisión de las leyes domésticas que fueron concebidas en realidad distintas totalmente fuera del contexto de las prácticas comerciales y financieras internacionales de los tiempos actuales, así como la pervivencia de códigos y leyes obsoletas completamente inadecuadas para las prácticas comerciales actuales.

²¹⁹ Castrillón y Luna, Víctor Manuel. Tratado de Derecho Mercantil. Op. Cit. p. 1260.

Entre las actividades que desarrolla este importante organismo internacional se encuentran: la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de la insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías.

Estos instrumentos son el resultado del trabajo interdisciplinario de las mesas integradas por un panel internacional, que se negocian entre los participantes miembros de la CNUDMI, que representan diferentes tradiciones jurídicas y diversos niveles de desarrollo económico; los Estados no miembros; las organizaciones intergubernamentales; y las organizaciones no gubernamentales. Debido a la pluralidad en su composición ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico.

Los Miembros son seleccionados de entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El número de miembros inicial era de 29 Estados en 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas amplió a 364 y en 2002 a 605.

La CNUDMI ha sido estructurada para garantizar la representación de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo. Así, entre los 60 Estados miembros que la conforman figuran 14 Estados africanos, 14 asiáticos, ocho de Europa oriental, diez de América Latina y el Caribe, y 14 de Europa occidental y otros Estados. La Asamblea General elige a los miembros por un período de seis años; cada tres años expira el mandato de la mitad de los miembros.

Gracias a la pluralidad de los integrantes provenientes de los cinco continentes, y representado a las tres familias jurídicas CNUDMI es sin duda el principal organismo encargado de crear instrumentos internacionales para el derecho privado que tengan una aceptación global, que se adapten a los diversos sistemas jurídicos alcanzando la uniformidad jurídica necesaria para el buen desarrollo de las operaciones comerciales del siglo XXI.

3.2 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998 bis²²⁰.

La UNCITRAL ha desempeñado un papel fundamental en el establecimiento de principios fundamentales para el uso de las comunicaciones electrónicas en las transacciones comerciales. Los textos de la UNCITRAL tienen un carácter propicio y tienen por objeto eliminar los obstáculos al uso de las comunicaciones electrónicas sin modificar el derecho sustantivo. Comenzó a trabajar en los aspectos jurídicos del uso de los medios electrónicos en los años ochenta, en particular con el intercambio electrónico de datos (EDI por sus siglas en inglés Electronic Data Interchange) y los pagos electrónicos transfronterizos. Con el tiempo, la UNCITRAL preparó una Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (MLEC por sus siglas en inglés Model Law on Electronic Commerce) y la Ley de Firmas Electrónicas de la UNCITRAL (MLES por sus siglas en inglés Model Law on Electronic Signatures).

UNCITRAL también ha llevado a cabo con éxito actividades sobre los aspectos legales en el uso de medios electrónicos de comunicación en el comercio internacional. Aunque algunos medios electrónicos de comunicación (telegramas, telefax) han estado en uso durante al menos 150 años, el alto costo y las limitadas funciones de estas primeras tecnologías desalentaron su amplio uso durante décadas. En esos primeros tiempos, la ley trataba del uso de las comunicaciones electrónicas de manera fragmentada. Los desarrollos tecnológicos y la evolución de la práctica comercial abrieron la puerta al uso omnipresente de las comunicaciones electrónicas y a su tratamiento jurídico integral.

Elías Azar²²¹ comenta que en ella se establecen las directrices que han de seguirse para resolver los problemas suscitados en las transacciones comerciales

²²⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998 bis. Consulta 11 de junio 2013. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf.

internacionales, realizadas mediante soportes electrónico. Se erigen así los principios de *Lex Mercatoria*, que hoy dominan la contratación internacional, por gozar de un elevado reconocimiento por parte de los actores profesionales a la hora de regular los contratos entre empresarios y profesionales *bussines to bussines*, así como los que celebren con consumidores *bussines to consumer*.

La necesidad de una legislación adecuada en materia mercantil ha sido observado por la comunidad internacional desde los años noventa, la tecnología crea un gran impacto en las relaciones comerciales dentro de la comunidad mundial y tiene impacto entre las operaciones que se hacen a gran escala entre empresas trasnacionales con productores regionales, como las transacciones que se hacen entre consumidores de países diversos, la globalización se da a gran y pequeña escala y las tecnologías de la información están disponibles para el empresario formal como para el consumidor personal, basta tener acceso a internet y una tarjeta bancaria para poder realizar compras alrededor del mundo sin salir de casa.

Ortega Díaz²²² comenta que la ONU, por medio de la CNUDMI, consciente de la importancia que en el futuro alcanzarán los contratos electrónicos para el comercio mercantil internacional, ha propiciado también la elaboración de un cuerpo normativo que regule sus problemas concretos. Fruto de este esfuerzo surgieron dos corpus que, aunque carentes de fuerza jurídica, tienen, en la práctica gran trascendencia como fuente de influencia en las legislaciones internas de los Estados: la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, acompañada de su Guía para la incorporación al Derecho Interno, aprobada mediante la resolución 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1996, y la Ley Modelo de las Firmas Electrónicas, adoptada por el mismo órgano el 5 de julio de 2001.

²²¹ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. 4.

²²² Ortega Díaz, Juan Francisco. *Contratación, Notarios y Firma Electrónica*. Temis. Colombia. 2010. p. 6-7.

Así también menciona que aún cuando los documentos que generó la CENUDMI-UNCITRAL no son obligatorios, también es cierto que son ampliamente reconocidos por los Estados miembros y no miembros de la ONU, ya que se considera a este órgano internacional la más alta autoridad en materia de regulación mercantil internacional; sin embargo al dejar al libre albedrío de las partes la observancia de dichos instrumentos se corre el riesgo de perder la uniformidad del comercio electrónico, así también se deja de observar los principios de equidad y buen trato del comercio mundial en una época en el que la pobreza consume grandes regiones que carecen de oportunidad para alcanzar a las primeras potencias globales.

La Ley Modelo sobre 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 al trato dado a la información electrónica. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar así la eficacia en el comercio internacional.

El art. 3 de la Ley modelo declara: *1. En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. 2. Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.*

Los documentos que generó la UNCITRAL no son obligatorios para todos los países, también es cierto que son ampliamente reconocidos por los Estados miembros y no miembros de la ONU, ya que se considera a este órgano internacional la más alta autoridad en materia de regulación mercantil

internacional. La importancia de la MLEC no puede ser exagerada, tras ser adoptada o fuente de inspiración para la legislación interna en más de setenta Estados seguridad en las operaciones comerciales es uno de los problemas más graves que debe superar el comercio electrónico, así como el reconocimiento de las operaciones y su validez, en los casos en que exista controversia entre las partes y estas lleguen a solicitar la intervención jurisdiccional.

Al respecto Castrillón y Luna²²³ nos comenta que mediante Resolución 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1996, se aprobó la Ley Modelo de UNCITRAL, con lo cual se dio a las transacciones que se realizan a través del comercio electrónico una seguridad con la que no contaba con anterioridad, ya que se enfatizan aspectos tales como la certeza en la autenticación de los mensajes y su verificación, previo convenio de las partes que lleven a cabo tales operaciones, utilizando claves o códigos especiales.

Así también Elías Azar²²⁴ menciona que partiendo de la voluntad, imperante en el Derecho de contratos, la Ley modelo es de cumplimiento voluntario en todo lo relativo a la “comunicación de los mensajes de datos” (como son, entre otras, las previsiones relativas a la equivalencia funcional de la forma electrónica) y siempre que no afecte a ningún derecho reconocido a las partes en cuanto a los mensajes de datos.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico fue el primer texto legislativo en el que se plasmaron los principios fundamentales de: no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional, que están muy ampliamente reconocidos como los elementos fundamentales para el derecho moderno que rige el comercio electrónico. Sin embargo, también se dejó al libre albedrío de los Estados la limitación al reconocimiento de operaciones que de acuerdo a su legislación interna exijan la presencia física de las contratantes, ejemplo la compraventa de inmuebles, testamentos, etc.

²²³ Castrillón y Luna, Víctor Manuel. Derecho Mercantil Internacional. Op. Cit. p. 384.

²²⁴ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. 5.

El principio de no discriminación asegura que no se negarán a un documento efectos jurídicos, validez o ejecutabilidad por la única razón de que figure en formato electrónico. El principio de neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada.

El formato electrónico se encuentra en vertiginosa evolución, por lo tanto, 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 principio de la equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel. En particular, enuncia los requisitos concretos que deben cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos, como los de "escrito", "original", "firma", y "documento".

Elías Azar²²⁵ destaca que la equiparación de la forma electrónica, representada por los "mensajes de datos" a la escrita se condiciona a la posibilidad de su consulta posterior en el artículo 6: *Escrito.- 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un ulterior consulta. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en el previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.*

Además de formular los conceptos jurídicos de no discriminación, neutralidad respecto de los medios técnicos y equivalencia funcional, la MLEC establece normas para la formación y la validez de los contratos concertados por medios electrónicos, para la atribución de los mensajes de datos, para el acuse de recibo y para la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes de datos. Datos que resultan determinantes en el caso de que exista controversia entre las partes o falta de cumplimiento en el contrato, y se recurra a la vía judicial

²²⁵ Elías, Azar. Edgar. Op. Cit. Pág. 7.

tendrá que ser necesario la reproducción de los datos electrónicos enviados para conocer con certeza la forma en que las partes se obligaron y los plazos en los que debieron cumplir con las obligaciones contraídas.

Elías Azar²²⁶ menciona que la Ley modelo se recomienda a los Estados, con independencia del carácter o no contractual de los mensajes de datos enviados electrónicamente; pues de esta manera se alcanzaría un sistema tecnológico y jurídico seguro, dirigido a facilitar el comercio electrónico en las relaciones económicas internacionales y contribuir al fortalecimiento de las legislaciones nacionales que la incorporen a sus ordenamientos, según se declara en la Exposición de Motivos de la Ley Modelo.

Es necesario señalar que determinadas disposiciones de la Ley Modelo fueron enmendadas por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales²²⁷ a raíz de las recientes prácticas seguidas en el comercio electrónico. Además, se ha complementado la parte II de la Ley Modelo, relativa al comercio electrónico en relación con el transporte de mercancías, con otros textos legislativos, como el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo ("las Reglas de Rotterdam")²²⁸, y tal vez sea objeto de una labor suplementaria de la CNUDMI en el futuro.

²²⁶ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág. 5.

²²⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Artículo 1. Ámbito de aplicación 1. La presente Convención sería aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados. 2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste. 3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

²²⁸ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam"). Reconociendo la importante contribución efectuada por el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, y por sus Protocolos, así como por el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, firmado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978, a la armonización del derecho aplicable al transporte de mercancías por mar.

México adoptó la MLEC en el año 2000²²⁹ incorporó a su legislación interna el en el Código Civil Federal, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Comercio, Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016, Ley Federal de Protección al Consumidor, destacados las siguientes reformas a los artículos: 1803 del Código Civil Federal, artículos 645, 1803, 1811, 1834 bis, 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles; artículos 47, 48, 49, 80, 641, 642, 644, 645, 646 e incorporó al Libro Segundo, el Título II "Del Comercio Electrónico" a partir del artículo 89 a 94 del Código de Comercio (CC).

Al respecto Elías Azar²³⁰ comenta que el legislador mexicano, sigue el esquema francés al integrar la normativa electrónica en los Códigos Civil y disposiciones generales en materia procesal y de consumidores (Decreto de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, de 18 de mayo de 2000). La normativa del Código de Comercio se modificó por el Decreto, de agosto de 2002, aprobándose en agosto de 2003.

Por cuanto a los artículos del Código Civil Federal, se observa lo siguiente:

“Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

El artículo 1803, se incorpora la posibilidad de que las partes puedan manifestar su voluntad u ofertar de algún bien o servicio mediante el uso de medios electrónicos, sin embargo, es una reglamentación minimalista, ya que no profundiza sobre los elementos que tienen que ser satisfechos para que esa manifestación de la voluntad pueda considerarse auténtica e íntegra. Si bien es cierto que la legislación tiene un avance sustancial al reconocer al comercio

²²⁹ CNUDMI. Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html.

²³⁰ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág. XXXIII.

electrónico, todavía tiene áreas de oportunidad por cuanto a la seguridad tecnológica y la confianza en los usuarios.

“Artículo 1805.- Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

En el artículo anterior la modificación se hizo por cuanto a la aceptación de la oferta sin plazo, liberando a la contraparte en caso de que la oferta no sea aceptada de forma inmediata aplicando el mismo criterio a las ofertas que se hagan por teléfono o cualquier otro medio electrónico, óptico de cualquier tecnología que permita la expresión de la oferta. En artículo arriba transcrito aplica el principio de neutralidad tecnológica abarcando en amplio espectro a todas las tecnologías de la información vigentes y a los desarrollos de nuevas y mejores tecnologías.

“Artículo 1811.- ... Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.”

En éste caso, el legislador incluye el principio de equivalencia funcional y no discriminación, al establecer que en tratándose de propuestas y aceptaciones realizadas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, no es necesario que las partes convengan una estipulación previa, para que los acuerdo tengan validez ó se eximan de su cumplimiento y efectos.

“Artículo 1834 bis.- Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige."

Es importante mencionar, que, a diferencia de las operaciones entre personas presentes, cuando las comunicaciones se realizan a través de medios electrónicos no puede ser verificada la identidad de la otra parte, por lo cual es de suma importancia establecer la identidad e integridad de los mensajes. Por lo cual es de destacar que el legislador advierta la necesidad de satisfacer la comprobación de la identidad y la integridad por un tercero y conservarla bajo su resguardo para su ulterior consulta.

Por cuanto a las modificaciones hechas al Código Federal de Procedimientos Civiles en lo sucesivo CFPC²³¹, observamos que en los artículos:

"Artículo 210-A.- Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

²³¹ Diario Oficial de la Federación. Lunes 29 de mayo de 2000. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta."

Al incluir este artículo en la legislación procesal se da un paso adelante con el reconocimiento jurídico y a la valoración probatoria de los "mensajes de datos", que es un gran paso en materia de comercio electrónico. Sin embargo, queda incompleta al no referir sobre las disputas que puedan existir en materia de comercio electrónico. Ya que no se establece un mecanismo para dirimir las controversias que puedan generarse a través de las tecnologías de la información, por ejemplo, en el caso de que exista una duda o no se pueda autenticar la identidad del emisor o receptor, sobre la integridad del mensaje, o sobre la posible alteración en la información que generó ya sea el receptor o el emisor.

Por cuanto a los artículos del Código de Comercio en lo sucesivo CC²³², se observa lo siguiente:

"Artículo 49.- Los comerciantes están obligados a conservar por un plazo mínimo de diez años los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones.

Para efectos de la conservación o presentación de originales, en el caso de mensajes de datos, se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y sea accesible para su ulterior consulta. La Secretaría de Comercio y

²³² Diario Oficial de la Federación. Lunes 29 de mayo de 2000. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Fomento Industrial emitirá la Norma Oficial Mexicana que establezca los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos.”

Se incluye en artículo antes transcrito relativo a la obligación de los comerciantes de conservar por diez años, todo tipo de documentos incluyendo los "mensajes de datos" o cualquier otro documento que consignent contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones. Y señala los requisitos mínimos de conservación de originales, así como la autoridad facultada para emitir los requisitos para dicha conservación a través de la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016²³³ requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos y digitalización de documentos. Sin embargo, como ya se ha comentado antes, no se estableció el método para dirimir las controversias en caso de que no se pueda comprobar la identidad o integridad de los mensajes de datos.

“Libro segundo del comercio en general. Artículo 80.- Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.”

En el artículo antes transcrito del CC reconoce y da equivalencia funcional a los contratos mercantiles que se celebren por medios electrónico, óptico o cualquier otra tecnología, con esta disposición se acepta la era digital en el comercio en nuestro país. Estableciendo que para efectos del momento en que se crea la obligación entre las partes, y por tanto quedan obligadas a cumplir con el contrato, es desde el momento que aceptan la oferta. Lo que cobra gran importancia en términos de cómo se adopta la legislación internacional a nuestro sistema jurídico romanista.

²³³ Diario Oficial de la Federación. 30 de Marzo de 2017. Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016, Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos y digitalización de documentos (cancela la NOM-151-SCFI-2002).

Título II Del Comercio Electrónico. Artículo 89.- En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará mensaje de datos.

Con la inclusión del Título II “Del Comercio Electrónico”, el CC entra en la nueva era digital del comercio, estableciendo la definición de “mensaje de datos” reconociendo valor jurídico a esta nueva forma de intercambio comercial, estableciendo el principio de equivalencia funcional y no discriminación a la legislación en materia mercantil en nuestro país, en sincronía con la comunidad internacional.

Artículo 90.- Salvo pacto en contrario, se presumirá que el mensaje de datos proviene del emisor sí ha sido enviado: I.- Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas de él, o II.- Por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

En el dispositivo antes transcrito se establece el marco jurídico mínimo para validar la identidad de las partes, advirtiendo que debe contener un mecanismo para el ingreso a los datos tales claves o contraseñas que sólo se encuentren en su poder, no obstante que los “mensajes de datos” también podrán ser enviados o recibidos sin la intervención del emisor, a través de un sistema que opere de forma automática.

Artículo 91.- El momento de recepción de la información a que se refiere el artículo anterior se determinará como sigue: I.- Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho sistema, o II.- De enviarse a un sistema del destinatario que no sea el designado o de no haber un sistema de información designado, en el momento en que el destinatario obtenga dicha información. Para efecto de este Código, se entiende por sistema de información cualquier medio tecnológico utilizado para operar mensajes de datos.

Artículo 92.- Tratándose de la comunicación de mensajes de datos que requieran de un acuse de recibo para surtir efectos, bien sea por disposición legal o por así requerirlo el emisor, se considerará que el mensaje de datos ha sido enviado, cuando se haya recibido el acuse respectivo. Salvo prueba en contrario, se presumirá que se ha recibido el mensaje de datos cuando el emisor reciba el acuse correspondiente.

En sincronía con el artículo 15 de la MLEC que establece el momento de la recepción del “mensaje”, que cobra una gran trascendencia en la formación del contrato y al determinar los plazos que corren para el cumplimiento de las obligaciones para las partes. El legislador mexicano estableció una legislación minimalista, respecto a este importante dato, que tendrá consecuencias cuando las partes entran en conflicto.

Por su parte la MLEC establece a detalle, tanto el envío como la recepción del “mensaje de datos”, en el:

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

1) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.

2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:

i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o

ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;

b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario. [...].

Como se observa la MLCE, establece tanto el momento de envío del “mensaje” como el momento de recepción ya sea que intervengan de forma física el iniciado y el destinatario ó si lo realizan a través de un sistema de información; por lo cual en nuestra opinión el CC es omiso por cuanto a este importante dato que tendrá consecuencias en la formación del contrato electrónico y al momento de dirimir las controversias que puedan surgir entre las partes.

Artículo 93.- Cuando la ley exija la forma escrita para los contratos y la firma de los documentos relativos, esos supuestos se tendrán por cumplidos tratándose de mensaje de datos siempre que éste sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Por cuanto al principio de equivalencia funcional y no discriminación, el legislador mexicano introdujo ambos principios en el dispositivo transcrito en líneas que anteceden, e incluso amplió la norma a aquellos casos en que la ley establezca que el acto deba otorgarse ante fedatario público, y trasfiere la obligación al

fedatario público de constatar la existencia de los mensajes que se atribuyan a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra para su ulterior consulta.

Artículo 94.- Salvo pacto en contrario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Por cuanto a la determinación del lugar de envío y recepción del mensaje se estableció que este será en el que tenga su domicilio el emisor y el destinatario. Este dato resulta muy importante en el ámbito internacional, ya que la CISG sólo podrá ser aplicada cuando las partes contratantes estén establecidas en países distinto y los Estados hayan ratificado el instrumento.

Artículo 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

El citado artículo reconoce el valor probatorio de los medios electrónicos y los reconoce como medios idóneos para que pueda ser verificada la voluntad de las partes expresada en los contratos celebrados a través de medios electrónicos, siempre y cuando se pueda consultar el mensaje de datos.

Por cuanto a la Ley Federal de Protección al Consumidor en lo sucesivo LFPC²³⁴, se reformó:

²³⁴ Diario Oficial de la Federación. Lunes 29 de mayo 2000. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor

Artículo 128. Fracción VIII.- La efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.

En el anterior artículo se reconoce a los medios electrónicos, ópticos y cualquier otra tecnología que sea adecuada para los mensajes de datos, de lo que se observa se incluye en la legislación mexicana el principio de neutralidad tecnológica previendo cualquier desarrollo tecnológico que pueda suceder en el futuro.

Capítulo VIII bis. De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Artículo 76 bis.- Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos;

III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones;

V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor; ...”

De igual forma el legislador mexicano incluye y protege al consumidor que realice operaciones a través de medios electrónicos, protegiendo tanto sus derechos como consumidor a que se le repare el daño en caso de no recibir el producto pactado en tiempo y forma, así como la información que el consumidor de al comprador para realizar la operación, haciendo responsable al proveedor del debido tratamiento y protección de la información personal que el consumidor le confió. El punto referente a la información personal y su seguridad, es uno de los puntos que más preocupa al consumidor mexicano al momento de realizar operaciones a través de los medios electrónicos.

Artículo 128.- Las infracciones a lo dispuesto por los artículos 8, 10, 12, 60, 63, 65, 74, 76 bis, 80 y 121 serán sancionadas con multa por el equivalente de una y hasta dos mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Para brindar protección a los consumidores que efectúen transacciones a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Lo que resulta sumamente importante, ya que es un mercado que se encuentra en pleno desarrollo en nuestro país y se prospecta según datos de la Asociación Mexicana de Internet en lo sucesivo AMIPCI, reporta 70 millones de internautas en México²³⁵ alcanza un 63% de penetración entre la población mexicana de 6 años en adelante. De acuerdo a la misma asociación en su diverso estudio de Comercio Electrónico en México 2017²³⁶, tres de cuatro de los mexicanos en línea realizaron una compra en 2017 en los últimos 3 meses; lo que significa un incremento

²³⁵ AMIPCI. 13° Estudio sobre los Hábitos de los Usuarios de Internet en México 2017 Mayo 18. Consultado 23.11.17. <https://www.asociaciondeinternet.mx/es/component/remository/Habitos-de-Internet/13-Estudio-sobre-los-Habitos-de-los-Usuarios-de-Internet-en-Mexico-2017/lang,es-es/?Itemid=>.

²³⁶ AMIPCI. Estudio de Comercio Electrónico en Mexico 2017. Consultado 23.11.17. <https://www.asociaciondeinternet.mx/es/component/remository/Comercio-Electronico/Estudio-de-Comercio-Electronico-en-Mexico-2017/lang,es-es/?Itemid=>. 23.11.17.

respecto del año anterior. Dentro de las modificaciones se incluyen protección a los datos de consumidores y usuarios, la responsabilidad de identificarse y dar un domicilio y teléfonos a los consumidores y usuario, manejo de información sensible y lo más importante se establecen sanciones ante el incumplimiento de lo ordenado.

La MLEC es con mucho el texto más adoptado en su campo, y los principios que lo orientan son ampliamente reconocidos como los pilares del derecho mundial del comercio electrónico a saber: no discriminación, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica. El MLES se ha promulgado en más de treinta Estados, para dar certeza jurídica al comercio electrónico donde proporciona un marco legal flexible y seguro para la identificación y autenticación electrónicas.

En coherencia a la *lex mercatoria* el texto UNCITRAL deja fuera de la equiparación funcional de la forma electrónica a la escrita, los casos en que la ley requiera expresamente la forma escrita o prevea consecuencias por su incumplimiento, de acuerdo a lo establecido por la propia ley en el artículo 6.3 *Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a. (...)*²³⁷. Así deja abierta la posibilidad a los Estados de limitar libremente el reconocimiento de los documentos electrónicos en los casos en que sus legislaciones internas así lo contemplen.

Es importante destacar, que aún cuando el citado artículo reconoce la equivalencia funcional del documento electrónico, también establece la limitante de que este sea consultable en el momento en el que surja una controversia entre las partes, amén de que deberá como en toda documental constatar la autenticidad del mismo. A diferencia del documento tradicional escrito se observa que el documento electrónico por su naturaleza debe someterse a un proceso distinto para que pueda ser validado en caso de controversia entre las partes.

²³⁷ Ley Modelo Comercio Electrónico UNCITRAL. Artículo 6. — Escrito 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta. 2) El párrafo era aplicable tanto si el requisito en el previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito. 3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

De lo que resulta evidente las diferencias técnicas y prácticas entre el documento tradicional en papel y el documento electrónico, así como las implicaciones jurídicas y las diferencias para que causen sus efectos jurídicos en el momento en que surjan controversias entre las partes. Por tanto, se observa que, si bien la MLEC es un marco jurídico mínimo para proteger y regular las operaciones mercantiles realizadas a través de medios electrónicos, es un instrumento que se pone a disposición de estados y particulares para regular tantas operaciones mercantiles de comercio entre estados, así como para consumidores particulares que deseen implementar el marco jurídico propuesto basta que en el texto del contrato se obliguen las partes a seguir la MLEC.

Por el contrario al ser un documento no obligatorio, se corre el riesgo de que en las operaciones comerciales mundiales se aplique o no la MLEC ó que sea aplicada parcialmente, amén de que en aquellos Estados que adopten la ley y expresamente prohíban ciertos actos a través de medios electrónicos, en definitiva no serán aplicables, por lo tanto consideramos que si bien representa una buena iniciativa no refiere a la uniformidad que alcanza la CCIM y tampoco es aplicable simultáneamente a ella.

3.2.1 ¿Por qué es importante la uniformidad en el tratamiento de las TI y la TIC's?

Primero tenemos que aclarar que nos referimos tanto a la transmisión de datos EDI –Electronic Data Interchange por sus siglas en inglés- como a la firma electrónica también llamada firma digital a través de Tecnologías de la Información TI y Tecnologías de la Información y Comunicación TIC's; la razón se encuentra en que estos dos elementos son la base las comunicaciones electrónicas.

La definición de "mensaje" en el texto de la CNUDMI es la "información generada, enviada, recibida o almacenada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, incluyendo, pero no limitada a intercambio electrónico de datos, correo electrónico, telegrama, télex o telecopia (2²³⁸ (a) MLEC, artículo 4²³⁹ (c) e-CC) es fundamental para la implementación de este principio. El mensaje de datos es el bloque principal para definir otros conceptos fundamentales tales como "comunicación electrónica", y, a través de ellas se puede o no obtener la equivalencia funcional respecto a la formación de contratos electrónicos.

Ahora bien, para la adecuada regulación de la "comunicación electrónica" es fue necesario establecer tres principios universales en la MLEC que son: equivalencia funcional, neutralidad tecnológica y no discriminación. La MLEC se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación.

²³⁸ Artículo 2. — Definiciones. Para los fines de la presente Ley: a) Por "mensaje de datos" se entenderá 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;

²³⁹ Artículo 4. Definiciones. A los efectos de la presente Convención: c) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

Respecto a la neutralidad tecnológica Castellani²⁴⁰ comenta que la neutralidad tecnológica es un principio general, a menudo se hace referencia en preámbulos y en trabajos preparatorios. Sin embargo, a pesar de las proclamaciones, a menudo ese principio de neutralidad tecnológica se simplificó en la fase de redacción y se refleja en las disposiciones resultantes. Por lo tanto, las leyes suelen redactarse de una manera tecnológicamente neutral con respecto al uso de las comunicaciones electrónicas y la contratación electrónica. Sin embargo, a pesar de las proclamaciones, a menudo que exigen explícita o implícitamente el uso de una tecnología específica, tales firmas digitales (es decir, firmas electrónicas basadas en tecnología PKI), para dar reconocimiento legal a las firmas electrónicas, va en contra del principio de neutralidad tecnológica. Esto tiene consecuencias importantes, por ejemplo, en lo que respecta a la necesidad de adoptar una legislación tecnológicamente neutral para el uso transfronterizo de firmas electrónicas contenidas en los acuerdos de libre comercio.

La MLEC define a la firma en el artículo 7²⁴¹ “Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos” la citada ley reconocer que la firma se podrá manifestar a través de un mensaje de datos sin embargo no establece el mecanismo tecnológico para tenerlo por satisfecho. Por cuanto a la E-CC en su artículo 9²⁴² establece que

²⁴⁰ Castellani, Luca G. Luca G., 2017, The Electronic CISG That Already Is: UNCITRAL Text son Electronic Contracting; The Electronic CISG 7th MAA Schlechtriem CISG Conference. International Publishing. 2017 The Hage Netherlands. Pág. 45. Traducción del autor.

²⁴¹ Artículo 7. — Firma. 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 2) El párrafo 1) Será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma. 3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

²⁴² Artículo 9. Requisitos de forma 1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular. 2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta. 3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la

“cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y b) Si el método empleado: i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra.” Así se observa que la e-CC tampoco refiere por cuanto a los requisitos técnicos o tecnológicos que deberá satisfacer dicha comunicación para considerar que es seguro, solo refiere a datos que determinen la identidad y la voluntad de las partes, solamente dice que el método empleado deberá ser “fiable” para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación.

Por su parte la MLES es más clara y específica por cuanto a las firmas electrónicas en el artículo 6²⁴³ *“Cumplimiento del requisito de firma. 1. Cuando la*

comunicación electrónica; y b) Si el método empleado: i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra.

²⁴³ Artículo 6. Cumplimiento del requisito de firma. 1. Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje. 2. El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito a que se refiere está expresado en forma de una obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el caso de que no haya firma. 3. La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1 si: a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma. 4. Lo dispuesto en el párrafo 3 se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona: a) demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 1, la fiabilidad de una firma electrónica; o b) aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable. 5. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier cuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje. 2. El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito a que se refiere está expresado en forma de una obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el caso de que no haya firma. 3. La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1 si: a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma. 4. Lo dispuesto en el párrafo 3 se ~~etará~~ ^{etará} sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona: a) demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 1, la fiabilidad de una firma electrónica; o b) aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable. 5. Lo dispuesto en el presente artículo no ~~seá~~ ^{seá} aplicable a: [...]” Por cuanto a la MLES es más extensa por cuanto a las especificaciones y requisitos que establece para satisfacer el requisito, es la única que refiere a requisitos de seguridad e integridad de la información enviada, y también establece la posibilidad de que pueda ser impugnada su autenticidad o integridad.

Más aún la MLES esboza el reconocimiento internacional de las firmas electrónicas en su artículo 12²⁴⁴ al mencionar que “*Toda firma electrónica creada*

²⁴⁴ Artículo 12. Reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras 1. Al determinar si un certificado o una firma electrónica producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, no se tomará en consideración: a) el lugar en que se haya expedido el certificado o en que se haya creado o utilizado la firma electrónica; ni b) el lugar en que se encuentre el establecimiento del expedidor o del firmante. 2. Todo certificado expedido fuera [del Estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el Estado promulgante] que todo certificado expedido en [el Estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente

o utilizada fuera [del Estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el Estado promulgante] que toda firma electrónica creada o utilizada en [el Estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente” sin embargo no se hace referencia específica a la tecnologías para determinar la fiabilidad de la firma y por tanto su aceptación y reconocimiento por parte de un Estado diverso al emisor. Únicamente se limita a referir que “*A efectos de determinar si un certificado o una firma electrónica presentan un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente para los fines del párrafo 2, o del párrafo 3, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas y cualquier otro factor pertinente.*” Debido a lo anterior el grado de uniformidad respecto a la firma electrónica y la tecnología que debe emplear para asegurar su integridad y por tanto su reconocimiento queda pendiente de definición uniforme que alcance un criterio normativo global. Toda vez que lo que puede considerarse reconocido en un Estado es posible que no sea reconocido o aceptado como seguro o fiable en el Estado en el que se pretenda hacer válido sus efectos jurídicos.

¿Qué es la equivalencia funcional? Castellani²⁴⁵ nos dice que los principios fundamentales del derecho de las comunicaciones electrónicas son el principio de no discriminación, el principio de equivalencia funcional y el principio de tecnología de manera neutral. Estos principios constituyen la base de todas las disposiciones legales relativas al uso de medios electrónicos; las excepciones y limitaciones deberían estar respaldadas por argumentos sólidos y válidos.

El principio de no discriminación de las comunicaciones electrónicas establece que no se denegará la validez de una comunicación por el único motivo de que es una

equivalente. 3. Toda firma electrónica creada o utilizada fuera [del Estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el Estado promulgante] que toda firma electrónica creada o utilizada en [el Estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente. 4. A efectos de determinar si un certificado o una firma electrónica presentan un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente para los fines del párrafo 2, o del párrafo 3, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas y cualquier otro factor pertinente. 5. Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas o certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que el acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

²⁴⁵ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 44. Traducción del autor.

forma electrónica. Y así se estableció en el artículo 8²⁴⁶ párrafo primero de e-CC y en el artículo 5²⁴⁷ de la MELC, sin embargo la forma en la que regulan las comunicaciones electrónicas es distinta y a continuación se citan:

Mientras que el e-CC en su Artículo 8, dice que: *“1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar”*.

La MELC Artículo 5, por su parte establece que el: *“-Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos- 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.”* Y el artículo 5 bis, que dispone: *“-Incorporación por remisión- No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.”*

De los artículos del e-CC y MLEC se advierte que hipótesis distintas que coinciden en un elemento, este es que no se negará validez a ninguna comunicación por el simple hecho de ser electrónica. Sin embargo, se establecen requisitos esenciales distintos para alcanzar la equivalencia funcional.

²⁴⁶ Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas 1. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.

²⁴⁷ Artículo 5. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos 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.

Los requisitos esenciales para alcanzar la equivalencia funcional en el del e-CC son: “1) *Que la información sea conservada en el EDI (Electronic Data Interchange por sus siglas en inglés)*, 2) *Que se conserve la integridad del EDI así como la identidad del emisor*, y, 3) *Que se pueda consultar a posteriori.*” Por su parte la MLEC establece que: “1) *No se negara la validez a las comunicaciones por el simple hecho de ser un EDI*”, y 2) Extiende la equivalencia funcional de los EDI a los EDI de incorporación por remisión –en la que el interlocutor recibe un EDI equivalente a un contrato de adhesión, en el que, una vez leídos los términos y condiciones, el usuario queda vinculado al cumplimiento del contrato a través de un “click”-. Como podemos observar los requisitos que exige el e-CC son más estrictos y tienen más soporte, ya que establece un marco jurídico mínimo para los EDI y no hace mención a la incorporación por remisión, por su parte la MLEC solamente se limita a proteger la equivalencia funcional y reconocer a los EDI por incorporación por remisión sin establecer los lineamientos jurídicos de los mensajes de datos, que desde luego cobran importancia ya que si no se satisfacen los requisitos la comunicación electrónica puede ser invalidada.

Por supuesto, una comunicación electrónica puede ser invalidada por diferentes motivos al respecto Castellani²⁴⁸ comenta que un ejemplo de ello es el caso de que su autor no se encuentre suficientemente identificado o porque no cumple con un requisito de equivalencia funcional. Además, el principio de no discriminación exige que se establezcan las mismas exigencias del uso de las comunicaciones electrónicas y de documentos equivalentes en papel. Por ejemplo, la ley puede no requerir la firma de facturas en papel, pero puede hacerlo, y exigir el uso de una tecnología de firma específica para facturas electrónicas. En estos casos, la ley discrimina contra el uso de medios electrónicos mediante el establecimiento de un requisito adicional para su uso.

Podemos observar que la e-CC y la MLEC deben proveer de mecanismos que den seguridad a los usuarios y de las mismas garantías que obtienen las personas que contratan de forma presente, la digitalización de las operaciones mercantiles no

²⁴⁸ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 44. Traducción del autor.

tiene que ser un obstáculo para el desarrollo del comercio mundial, y desde luego tampoco tiene que implicar riesgos mayores. Por ello es importante que la CISG sea renovada para que incluya las previsiones por cuanto al marco mínimo legal que deben garantizar los EDI, así como la confirmación por la incorporación por remisión. Es imperante que las partes contratantes queden debidamente identificadas para que el comercio no sea el medio para que la delincuencia organizada e incluso las asociaciones terroristas tengan una plataforma abierta para el movimiento de sus activos en el comercio global.

El principio de no discriminación que establece la MLEC también se extiende a los documentos físicos y al material electrónico como medio de prueba, en este sentido Castellani²⁴⁹ refiere que el principio de no discriminación se aplica también a la información que no está contenida en una comunicación electrónica, pero a la que se hace referencia en esa comunicación (artículo 5 bis de la MLEC). Por lo tanto, un archivo adjunto a un correo electrónico o un enlace hiper en una página web puede satisfacer un requisito de información por escrito para su uso. El principio se extiende también a las cuestiones de prueba (art.9.1 MLEC).

Por cuanto al principio de equivalencia funcional Castellani²⁵⁰ comenta que un ejemplo, es que la ley puede exigir o las partes pueden acordar el uso exclusivo de la escritura para los intercambios. La función prevista con el uso del formulario de escritos es mantener un registro fiable del contenido del documento. Por lo tanto, el requisito legal para la escritura se satisface mediante una comunicación electrónica de la información contenida en esa comunicación electrónica es accesible para referencia futura (Art. 6 MLEC, Art. 9 (2) e-CC). Las razones que pueden obstaculizar el acceso, como la obsolescencia tecnológica, la pérdida de archivos o el soporte de almacenamiento, son similares en efecto al daño, pérdida o destrucción de un documento en papel.

CNUDMI ha reconocido, entre otras cosas, la necesidad de normas armonizadas que regulen la celebración de contratos por vía electrónica. Ha introducido la Ley

²⁴⁹ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 44. Traducción del autor.

²⁵⁰ Ibidem. Pág. 46. Traductor del autor.

Modelo de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales que prevé el reconocimiento de los contratos electrónicos y prescribe algunas normas equivalentes para los documentos electrónicos y las firmas. La Ley Modelo y los principios contenidos en ella han sido aceptados internacionalmente, aunque en muchos casos sirvieron como fuente de inspiración más que como un patrón de provisiones a ser promulgadas.

Las normas detalladas se refieren a la atribución de comunicaciones electrónicas (Art. 13 MLEC). Dichas normas pueden apreciarse a la luz del futuro del sistema de información cerrado, como las redes de pago o EDI, en las que pueden encontrar plena aplicación. En sistemas de información abiertos, la identificación del autor de una comunicación se logra típicamente con el uso de una firma electrónica. En ambos casos, el hecho de que la comunicación electrónica haya sido enviada por el propio ordenante o por un tercero en su nombre es irrelevante para la atribución de dicha comunicación. Coincidimos en que es necesario la unificación en la legislación del EDI como en la firma electrónica, ya que el primero es el vehículo y comunicación por medio de la cual se establecen el modo y forma en que las partes desean obligarse y la segunda es la forma en que las partes expresan su conformidad con las obligaciones contraídas por lo tanto son necesarios ambos elementos para poder dar equivalencia funcional al contrato electrónico.

Castellani nos dice que existen disposiciones detalladas similares en el acuse de recibo (Art. 14 MLEC) Los medios electrónicos pueden facilitar la entrega de un recibo de devolución más fácil y más rápido que en el mundo del papel. Por ejemplo, si bien es posible solicitar la devolución de un correo electrónico (y, en algunos casos, que se puede bloquear el recurso), también es posible rastrear el correo electrónico de entrega de la información intercambiada automáticamente por los servidores de correo electrónico. Además, EDI y otros sistemas automatizados pueden intercambiar recibos automáticamente. Las ventajas de inmediatez que ofrecen los sistemas de comunicación digital son inigualables en el mundo tangible, y como bien refiere el autor, hoy en día existen sistemas

automatizados pre programados para que emitan mensajes autónomos cuando se den factores predeterminados. Por lo que incluso ya no es necesario que exista un ser humano al extremo de las comunicaciones digitales.

Como se ha mencionado en líneas que anteceden es importante que las diversas leyes modelos, convenciones y esfuerzos internacionales hechos por la comunidad internacional para regular el comercio electrónico alcancen la uniformidad por cuanto a la seguridad e integridad de los mensajes de datos enviados y de las firmas electrónicas, para que también exista un criterio universal por cuanto a las especificaciones técnicas que cada uno de ellos deberá cumplir para que sea reconocido su valor y fuerza legal a nivel internacional. Si bien las leyes modelos analizadas esbozan y en algunos casos con el de la MLES establecen marcos mínimos para su reconocimiento, no son normas que sean por una parte vinculantes como el caso de CCIM y por otra parte se deja al libre albedrío de cada estado la forma técnica en la que deberá de establecerse la seguridad e integridad de los EDIS y las firmas electrónicas, por tanto, no podemos hablar de que exista un parámetro unificado para el reconocimiento del contrato electrónico.

3.3 Ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónica guía para su incorporación al derecho interno 2001.

Cinco años después de la emisión de la Ley Modelo en materia de Comercio Electrónico, la CNUDMI emite un nuevo ordenamiento que complementa la regulación en materia de comercio electrónico a través de la implementación y regulación de la firma electrónica.

Castrillón y Luna²⁵¹, comenta que los métodos de autenticación electrónica y las firmas manuscritas, con la finalidad de fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en la negociación de contratos internacionales, ofreciendo soluciones prácticas y estableciendo reglas uniformes para regular cuestiones contractuales sustantivas que no estén directamente relacionadas con la utilización de comunicaciones electrónicas, para asegurar la eficacia de las comunicaciones electrónicas.

Así tenemos que los efectos que tiene la inserción de la firma electrónica en un contrato celebrado por medios digitales tiene un doble beneficio, porque además de tener certeza jurídica sobre la identidad de las partes que celebran el contrato, también es posible determinar asegurar los términos en que se obligan las partes y los alcances jurídicos del contrato que celebran por consecuencia es posible conceder la equivalencia funcional a los acuerdos con plenos efectos jurídicos.

Elías Azar²⁵² comenta la Ley modelo de Firma electrónica viene a desarrollar y completar las previsiones de la del comercio electrónico precisamente en este aspecto: sus modalidades, los requisitos de elaboración de las firmas electrónicas seguras tecnológicamente; firmas cuya autenticidad se fuerza con la emisión. Y cuya expansión se promueve con las recomendaciones para su reconocimiento en otros países.

²⁵¹ Castrillón y Luna, Víctor Manuel. Op. Cit. p. 1275,1276.

²⁵² Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág. 13.

Por cuanto al primero de los elementos, es decir, la certeza jurídica sobre la identidad de las partes Martínez Nadal²⁵³ nos dice la asignación de riesgos y responsabilidad de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto de la utilización de técnicas de certificación es una de las cuestiones cuyo examen encomendó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, al grupo de trabajo sobre comercio electrónico, y es también una de las más polémicas y debatidas, tras discutir la definición de firma electrónica y digital, y los efectos de las mismas, se ha centrado en las autoridades de certificación, y, de forma básica, en la responsabilidad de estas entidades (además de abordar también el tema de la responsabilidad del titular de la clave privada en caso de uso no autorizado de la mismas). Y desde entonces, y en sus sucesivas reuniones (la última de ellas celebrada del 6 al 17 de septiembre de 1999, en su trigésimo quinto periodo de sesiones) se va avanzando en la elaboración de un proyecto de régimen uniforme para la firma electrónica.

Conforme al principio de neutralidad tecnológica enunciado en el Artículo 3²⁵⁴ de la Ley Modelo *Igualdad de tratamiento de las tecnologías cada de modo que excluya, restrinja o priva de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos del derecho ampliable*. El principio de neutralidad tecnológica consecuente con las ideas que dominan el marco de los trabajos internacionales en la materia y con finalidad económica, de potenciar la contratación electrónica.

Al respecto Elías Azar²⁵⁵ comenta que el principio de neutralidad proclamado en el artículo 3, el mismo tiene sus límites, en razones tecnológicas y en coherencia con el principio de la autonomía de la voluntad. En este sentido se ha indicado que la equiparación funcional entre los mensajes firmados electrónicamente y los

²⁵³ *Ibidem*. 109.

²⁵⁴ Ley Modelo de Firma Electrónica. Artículo 3. Igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma. Ninguna de las disposiciones dispociones de la presente Ley, con la excepción del artículo 5, será aplicable aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 6 o que cumpla de otro modo los requisitos del derecho aplicable.

²⁵⁵ Elías, Azar. Edgar. Op. Cit. Pág. 14.

documentos en papel con firmas manuscritas, “se reserva para los documentos suscritos con firma electrónica avanzada, al señalarse “siempre y cuando cumplan los requisitos básicos enunciado en el párrafo 1) del artículo 6 de la Ley Modelo”, sino también respecto de la autonomía de la voluntad.

Es así como incluso la ley hace una clara diferencia entre la equivalencia funcional y el valor probatorio que puedan tener los documentos electrónicos, a reserva de que esta firma pueda ser autenticada, así se cuida la seguridad jurídica de las partes contratantes a través de medio electrónicos. Es necesario destacar que en un documento tradicional -en papel- la prueba de autenticación de firma es la pericial en grafoscopía y documentoscopía dicha prueba se centra en el papel; a diferencia de este método en la autenticación de una firma electrónica interviene tanto el certificador de la firma como la seguridad que interviene en los algoritmos utilizados en la encriptación de documentos.

También Castellani²⁵⁶ comenta que el artículo 7 de la MLEC, el artículo 6 del MLES y artículo 9, apartado 3, de la e-CC son ejemplos de diferentes formulaciones de disposiciones tecnológicamente neutras sobre el uso de las firmas electrónicas. Mientras que el MLEC y el e-CC adoptan un enfoque minimalista, promoviendo totalmente la neutralidad tecnológica, el uso de un modelo de dos niveles en el MLES puede dar un estatus legal privilegiado a las firmas electrónicas basadas en tecnologías específicas. Las legislaciones secundarias (por ejemplo, los reglamentos de aplicación) a menudo requieren el uso de transacciones de tecnología denominadas intercambiadas con organismos públicos. De lo contrario, podría surgir un obstáculo al intercambio de comunicaciones electrónicas entre particulares y entidades públicas.

Como bien apunta Castellani la legislación acepta y adapta la neutralidad a los documentos electrónicos, sin embargo, dependiendo de la tecnología que se implemente en la firma electrónica, será el valor y alcance jurídico que dicho documento pueda alcanzar. Elías Azar²⁵⁷ refiere que de manera similar al UNCITRAL, la Directiva se inclina por la neutralidad tecnológica en la contratación

²⁵⁶ Castellani, Luca G. Op. Cit. p. 45.

²⁵⁷ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. 33 y 34.

electrónica, según se infiere de la concepción amplia de firma electrónica, según se infiere de la concepción amplia de firma electrónica (art. 2.1.) y del mandato a los Estados miembros de la admisibilidad de la firma electrónica como medio de prueba (artículo 5.2). No obstante, el nivel de fiabilidad técnica de unas y otras incidirá en los efectos reconocidos en cada una de ellas.

Coincidimos en que la seguridad electrónica es un eje rector para el buen funcionamiento del comercio electrónico, y la firma electrónica avanzada es el pilar para dar seguridad jurídica y certeza a la contratación hecha a través de las tecnologías de la información y las tecnologías de la información y la comunicación.

Elías Azar²⁵⁸ comenta que la firma electrónica avanzada es una especie de firma electrónica que cumple los requisitos de creación y funcionalidad contemplados en el artículo 2.2 letras a) a d). En cuanto a su creación, la Directiva requiere que *haya sido creada utilizando medios que el firmante pueden mantener bajo su exclusivo control (c)*. Exigencia que, coordinándose con otros preceptos permite afirmar que se trata de una firma electrónica creada con un nivel de seguridad tecnológica verificable, al tratarse de un “programa informático configurado o un aparato informático configurado que sirve para aplicar los datos de creación de firma” (art. 2.4) y referido exclusivamente a una persona, según se define al firmante en el art. 2.3: persona que está “en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona física o jurídica a la que presenta”. Ahora bien, si el “dispositivo seguro de creación de firma” (artículo 2.6) y se requiere para la existencia de “firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido” (mencionada en el artículo 5.1). Certificado que, según el artículo 2.10 es aquél que cumple los requisitos establecidos en el anexo I y es suministrado por un proveedor de servicios de certificación que cumple los requisitos establecidos en el anexo II (respecto de

²⁵⁸ *Ibide.* 34.

cualificación tecnológica, solvencia económica, eficacia de sus servicios y credibilidad de sus actividades).

El hecho de que el contrato se haga en formato electrónico y por medios digitales no significa que deba sacrificar o dejar de observar el estricto apego a la teoría de la obligación, en la que quede plasmada la voluntad expresa de las partes contratantes, en la que se establezca la forma en la que desean quedar obligados. Sin embargo, como también lo refiere el autor, el formato digital implica aristas tecnológicas más sofisticadas que las pruebas periciales en materia de documentoscopia o grafología; el formato digital y la firma avanzada necesitan la validación de un certificador que cumpla con los procesos de encriptación de datos y que compruebe la seguridad e integridad de los datos intercambiados entre las partes.

De la distinción que hacemos entre el documento tradicional en papel y el documento digital, el contrato digital y la firma electrónica avanzada es evidente que la Ley Modelo sobre firma electrónica dejó abierta la opción a los Estados para que en las leyes secundarias establecieran los requisitos técnicos y tecnológicos que deban satisfacer para que alcancen valor y fuerza probatoria en caso de controversia entre las partes.

La CCIM tiene por objeto regular la compra venta internacional de mercaderías y por tanto ha quedado desactualizada para regular la compraventa a través de medios electrónicos que es el contrato del siglo XXI, sin embargo los desarrollos legislativo en materia electrónica no han sido adoptados por la convención, por lo que su aplicación se limita a los 32²⁵⁹ Estados que han inspirado su legislación interna con base en ella, y en algunos casos adoptan únicamente parte de ella, dejando fuera la regulación de la entidad certificadora. Sin embargo, es necesario que esta legislación sea vinculante y que se provea de seguridad y certeza jurídica al contrato electrónico que es en la actualidad la forma a través de la cual se realizan las operaciones mercantiles internacionales.

²⁵⁹ Situación actual. Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). Consultado 17.01.18. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_status.html.

Es necesario que se regule el reconocimiento internacional de los certificados electrónicos para alcanzar la uniformidad sobre el contrato electrónico a nivel internacional. Elías Azar²⁶⁰ comenta que el reconocimiento de certificados extranjeros y la equivalencia de los certificados sobre firma electrónica expedidos en un país extranjero se condiciona a la concurrencia de requisitos similares a los exigidos en la Directiva, en el artículo 7: “a) que el proveedor de servicios de certificación cumpla con los requisitos establecidos en la presente Directiva y haya sido acreditado en el arco de un sistema voluntario de acreditación establecido en un Estado miembro; b) que un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, que cumpla las prescripciones de la presente Directiva, avale el certificado; c) que el certificado o el proveedor de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países y organizaciones internacionales”.

De lo anterior se observa que si bien se contempla la posibilidad de reconocer certificados extranjeros, es un proceso que en principio se deja a cargo de los Estados miembro, sin embargo además de cumplir con la legislación interna se obliga a las partes que dicho certificador forme parte de un convenio bilateral o con la comunidad internacional en el que se reconozca su validez, por tanto deja fuera a la Ley Modelo de Firma Electrónica y la uniformidad en manos de los Estados y además les exige que el certificador sea reconocido por la comunidad internacional. Para que el mecanismo fuera realmente ágil y evitara obstáculos en el comercio internacional debe de implementar y establecer los requisitos técnicos y tecnológicos a los certificadores, que si bien podrían ser validados por los estados miembro y con ello deberían de ser reconocidos internacionalmente y alcanzar fuerza y valor probatorio en caso de controversia entre las contratantes.

²⁶⁰ *Ibide.* Pág.36.

3.4 Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, Estados Unidos 2005).

En 2005, la CNUDMI finalizó la Convención de las Naciones Unidas sobre el uso del uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (e-CC por sus siglas en inglés *Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*), que es el primer tratado sobre el terreno. El e-CC entró en vigor el 1 de marzo de 2013 y actualmente cuenta con 7 Estados Partes (Camerún, Congo, Federación Rusa, Fiji, Honduras, Montenegro, República Dominicana, Singapur y Sri Lanka) y 20 Estados signatarios²⁶¹, es de destacar que México no ha ratificado esta convención.

Elías Azar²⁶² comenta que tras una primera fase marcada por la elaboración de leyes modelo y su amplia recepción en las reformas sucedidas en el final del siglo XX y principios del siglo XXI, el Grupo de trabajo del comercio electrónico recomendó a la Comisión la conveniencia de avanzar en “un instrumento internacional sobre ciertas cuestiones referentes a la contratación electrónica”. Al retraimiento inicial le siguió la decisión de avanzar con un mayor grado de compromiso por parte de los Estados, mediante la elaboración de un Convenio sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

Aproximadamente, unos 15 Estados han promulgado sus disposiciones sustantivas en el país. Los objetivos perseguidos por el e-CC incluyen. 1) la utilización de las comunicaciones electrónicas en el derecho mercantil internacional, en particular: a) en relación con tratados celebrados antes de la amplia difusión de medios electrónicos; y b) con respecto al reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas; 2) reforzar el nivel de uniformidad en la

²⁶¹ CNUDMI. Status United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html. Consultado 09.06.17.

²⁶² Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. 3.

aplicación de los textos de la CNUDMI; 3) actualizar ciertas disposiciones de la MLEC y de la MLES; y 4) proporcionar legislación básica sobre comercio electrónico a las jurisdicciones que carezcan de legislación suficiente o que no la tengan.

Castellani ²⁶³ menciona el Artículo 9, apartado 3 del e-CC innova considerablemente, tanto en el artículo 7 del MLEC como en el artículo 6, apartado 1, del MLE. Al no repetir el enfoque de "dos niveles" contenido en el apartado 3 del artículo 6 del MLES, el apartado 3 del artículo 9, e-CC promueve una estricta neutralidad tecnológica. Además, el artículo 9, apartado 3, e-CC aplica plenamente el principio de equivalencia sustantiva en el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas recogido en el artículo 12 del MES. Ese principio indica que una firma electrónica extranjera no puede ser objeto de una discriminación contra la base de su origen, sino que debe evaluarse con los mismos requisitos de fiabilidad utilizados para evaluar una firma electrónica creada en la jurisdicción en la que debe ser reconocida y aplicado

Para poder lograr estos objetivos la e-CC renueva el principio de no discriminación a las comunicaciones electrónicas, al respecto Castellani²⁶⁴ comenta que otra aplicación del principio de no discriminación se refiere al uso de sistemas automatizados de mensajería para la creación de contratos; no se denegará la validez o la aplicabilidad del contrato celebrado mediante el uso de sistemas de mensajes automatizados por el solo motivo de que ninguna persona física examinó o interpuso en cada una de las acciones individuales realizadas por los sistemas de mensajes automatizados (artículo 12 e-CC). El principio de no discriminación no implica el uso obligatorio de las comunicaciones electrónicas, que sigue siendo facultativo, por lo que se puede expresar implícitamente un acuerdo (artículo 8, apartado 2, e-CC). El inicio de un intercambio electrónico que comparta una dirección electrónica, incluso en papel (por ejemplo, en una tarjeta de visita o membrete) puede indicar ese acuerdo, así como la designación de las direcciones electrónicas previas, así en la era de la información se puede obviar la

²⁶³ Castellani, Luca G. Op Cit. p.48. Traducción del Autor.

²⁶⁴ Ibidem. p.44. Traducción del Autor.

intervención directa del hombre en los extremos del enlace digital, desde luego serán programas pre cargados para encontrar las variantes y condiciones deseadas, simplemente que no se encontrará en todas las ocasiones a un ser humano en ejecución del mismo, la automatización contractual.

Castellani²⁶⁵ comenta que el principio de neutralidad tecnológica exige que la legislación no imponga el uso de ninguna tecnología específica o de otra manera favorezca dicha tecnología. Se aplica a las tecnologías genéricas (por ejemplo, correo electrónico, Internet, mensajería instantánea, fax, etc.), software específico, métodos y productos comerciales (es decir, documentos PDF firmados con firma PKI, uso de software con nombre). El principio de neutralidad tecnológica tiene como objetivo garantizar que la ley no impida el uso de tecnologías futuras, obstaculizando así su desarrollo. Si la ley impone el uso de una tecnología específica, se reducen los incentivos de mercado para la innovación, dado que las nuevas tecnologías no obtendrán reconocimiento legal a menos que la ley sea enmendada, que es un proceso de toma de decisiones y requiere recursos. En presencia de neutralidad tecnológica, las partes son libres de elegir la tecnología más adecuada para sus necesidades al equilibrar la seguridad y los costos.

Los avances tecnológicos se dirigen con velocidades estrepitosas, rompen incluso la barrera de la imaginación, el internet de las cosas ha venido a revolucionar los aspectos más comunes de la vida diaria, ejemplo de ellos los refrigeradores inteligentes que conectados a internet, pueden de forma autónoma generar un pedido previo a la tienda de auto servicio para re surtir los alimentos escasos o agotados, celebrando así una compra sin que se medie la intervención humana, en ese instante, ya que las autorizaciones bancarias y la pre autorización de los cargos a la misma se pre programaron por los titulares de dichos instrumentos bancarios.

Castellani²⁶⁶ menciona que en consonancia con el objetivo de permitir el uso de las comunicaciones electrónicas en el derecho mercantil internacional, el e-CC complementa a la CCIM con normas de equivalencia funcional y disposiciones

²⁶⁵ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 43 y 44. Traducción del Autor.

²⁶⁶ Ibidem. Pág. 43.

sustantivas sobre la contratación electrónica. El Artículo 20²⁶⁷ (1) e-CC destaca esa relación refiriéndose específicamente a la CISG como uno de los tratados en conjunto con los cuales el e-CC debe funcionar. Sin embargo es necesario recordar que tan solo 9²⁶⁸ Estados han ratificado este instrumento, por lo cual, su aplicación se sujeta a la voluntad de las contratantes, por lo que su virtual aplicación es mínima. Además de que este instrumento no podrá ser aplicado de forma vinculante a las partes al amparo de la CCIM, como se ha explicado con anterioridad la Convención no acepta la aplicación supletoria de ninguna ley, por tanto, lo adecuado sería renovar la CCIM incluyendo no solo los avances técnicos del artículo 20 de la e-CC más de todos los instrumentos internacionales desarrollados para regular el fenómeno de la contratación electrónica de forma uniforme y obligatoria.

²⁶⁷ Artículo 20. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales
1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958); Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980); Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980); Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991); Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995); Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001). 2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 21, que no quedará obligado por el presente párrafo. 3. Todo Estado que haga una declaración con arreglo al párrafo 2 del presente artículo podrá asimismo declarar que, a pesar de ello, aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional en el que dicho Estado sea o pueda llegar a ser parte. 4. Todo Estado podrá declarar que no aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional consignado en la declaración de dicho Estado y en el que ese Estado sea o pueda llegar a ser parte, incluidos los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, aun cuando dicho Estado no haya excluido la aplicación del párrafo 2 del presente artículo mediante una declaración formulada de conformidad con lo previsto en el artículo 21.

²⁶⁸ UNCITRAL. Status United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005). Consultado 24.01.2018. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.htm.

Esta opción implica como refiere Castellani²⁶⁹ que las partes en un contrato pueden elegir la CCIM y el e-CC como ley aplicable al contrato, incorporada y complementada por una ley nacional. A falta de esa opción, los tribunales pueden necesitar identificar la ley aplicable a un contrato para la venta internacional de bienes. Incluyendo aspectos relacionados con el uso de medios electrónicos de comunicación. En virtud del artículo 7²⁷⁰ (2) de la CCIM, la ley nacional puede restablecerse si los principios generales que subyacen a la CCIM no son suficientes. Cuando esa legislación nacional represente la promulgación de un texto de la CNUDMI, a saber, el MLEC o el MLES, la uniformidad jurídica puede ser también a nivel nacional. Por lo tanto, es posible afirmar que la "CCIM electrónica" ya existe y está compuesta por la disposición de la CISG, del e-CC, del e-CC y de otros textos relevantes de la CNUDMI. La existencia de ese gran cuerpo de leyes uniformes ya no puede ser ignorada. No coincidimos con el criterio del autor ya que como lo hemos mencionado no puede compararse la aceptación mundial de CCIM con la e-CC apenas ratificada por 9 Estados en los que no figuran las grandes potencias mercantiles, así tampoco puede ser comparada la aplicación y tradición que tiene la CCIM, y el mismo refiere, que se determinará en última instancia en torno al derecho interno, por lo cual no podemos hablar de un marco uniforme para el contrato electrónico.

Por cuanto a esta última afirmación de que la "la CISG electrónica ya existe" no estamos de acuerdo, en el sentido de que la existencia de los diversos instrumentos que regulan las operaciones a través de los medios electrónicos, impliquen que son de forma automática vinculantes a las partes que han ratificado la CISG, como lo hemos mencionado la CISG es por mucho el instrumento más

²⁶⁹ Castellani, Luca G. Op. Cit. p. 43.

²⁷⁰ Artículo 7. 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

firmado a nivel global con un total de 86²⁷¹ ratificaciones, mientras que los instrumentos que regulan el comercio a través de las tecnologías de las TI y las TIC's, no han alcanzado el amplio espectro de aplicación: a) La e-CC tan solo es aplicable de forma obligatoria en apenas 9²⁷² países; b) LA MLEC ha tenido impacto en la legislación basada o influenciada por la Ley Modelo en 69²⁷³ Estados; y c) La MLES²⁷⁴ ha tenido impacto en la legislación basada o influenciada por la Ley Modelo en 32 Estados; es necesario puntualizar que en el caso de las dos leyes modelo MLEC y MLES existen múltiples reservas a su aplicación, así también no existe una uniformidad en cuanto a los mecanismos de certificación de la Firma Electrónica también llamada firma digital.

Respecto a la sustitución de la aceptación de la oferta en papel, en el contrato electrónica se dará a través de las firmas electrónicas sin embargo, como en el caso de la firma autógrafa, tendrán que satisfacerse los mecanismos de autenticación de la voluntad y la persona que está aceptando la oferta; es sumamente importante que la firma sea íntegra y que existan datos que vinculen al firmante ya que de ello depende la voluntad expresada Castellani²⁷⁵ comenta que la noción de "aprobación de la persona" contenida en el artículo 7²⁷⁶ MLEC y en el artículo 6²⁷⁷ (1) MLES fue sustituida en el artículo 9²⁷⁸ (3) e-CC por la de "intención

²⁷¹ UNCITRAL CISG Status. Consultado 12.06.2007.
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

²⁷² UNCITRAL. Status United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005). Consultado 12.06.2017.
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html

²⁷³ UNCITRAL. Status Model Law on Electronic Commerce (1996),
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html.
Consultado 12.06.2017.

²⁷⁴ UNCITRAL. Status Model Law on Electronic Signatures (2001). Consultado 12.06.2017.
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_status.html.

²⁷⁵ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 48. Traductor del Autor.

²⁷⁶ Artículo 7. — Firma 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 2) El párrafo 1) será aplicable el requisito de era aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma. 3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

²⁷⁷ Artículo 6. Cumplimiento del requisito de firma 1. Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma

de una parte", que capta mejor las diversas funciones asociadas con las firmas en papel no siempre expresan la aprobación del documento firmado, pero pueden satisfacer otras funciones como el conocimiento del contenido o el testimonio.

La intención real asociada con una firma electrónica debe ser determinada caso por caso a la luz de los términos en que se expresa la intención y otras circunstancias pertinentes. A este respecto, el e-CC exige que el método utilizado indique claramente la intención de la parte, tanto en términos de consentimiento para adoptar esa intención, como de expresión de la intención misma. Además, dado que la definición del artículo 9, apartado 3, letra a), e-CC se centra en los atributos del método utilizado (a diferencia de la noción de datos en sí misma), amplía la gama de procesos y tecnologías disponibles, El uso de medios tanto electrónicos como no electrónicos.

Por la falta de obligatoriedad de los instrumentos antes referidos, la falta de aceptación en el concierto internacional y sobre todo por la inexistente uniformidad en cuanto a los mecanismos de certificación de la firma electrónica también llamada firma digital, no podemos coincidir con la afirmación que hace Castellani, lo que es cierto, es que en el concierto internacional se han desarrollado nuevos instrumentos que regulan este tipo de operaciones y que las leyes modelos ya se encuentran a disposición de los Estados. Sin embargo, estamos lejos aún de que estos instrumentos resulten vinculantes a todas las operaciones que se realizan a través de medios electrónicos. Y, en caso de que alguna de las partes no quiera sujetarse a la e-CC, la MLEC, y la MLES, no existe ningún mecanismo a través de la CISG de poder obligarlos, por lo que en nuestra opinión la afirmación que hace

electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

²⁷⁸ Artículo 9. Requisitos de forma 3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y b) Si el método empleado: i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive que todo acuerdo aplicable; o ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra.

Castellani no es cierta; ya que no basta la existencia de las disposiciones internacionales en materia de comercio electrónico si estas no se aplican de forma uniforme en todas las operaciones mercantiles, el derecho internacional ha sido creado para cumplir el objetivo principal de unificación.

Que se hace patente en la siguientes gráficas comparativas de UNCITRAL, la primera de ellas es el mapa de ratificaciones de la CISG²⁷⁹ –a la izquierda- y a la segunda la tabla de ratificaciones de la CISG, la e-CC, MLEC, y MLES –a la derecha-.



Instrumento UNCITRAL	Estados
CISG	86
e-CC	8
MLEC	69
MLES	32

Como se puede apreciar en las gráficas de UNCITRAL el impacto y aplicación global de la CISG, no se comparará con la aplicación que tienen la e-CC, MELC y MLES.

Precisar el momento de la aceptación de la oferta en contrato electrónico es sumamente importante y así Kryczka²⁸⁰ comenta que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico o la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas (UETA) de los Estados Unidos, señala que para poder determinar cuándo se recibe un mensaje electrónico, el Artículo 15²⁸¹ (2) de la Ley Modelo y

²⁷⁹ UNCITRAL. Status map. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980). Consultado 12.06.2017. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status_map.html.

²⁸⁰ Kryczka, Katarzyna, *2 Electronic Contracts and the Harmonization of Contract Law in Europe-Am Action Required, A Mission Impossible?*. European Review of Private Law. Volume 13 N°2. The Netherlands, 2005, p. 149-160.

²⁸¹ Artículo 15. — Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos 2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar: i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; b) Si el destinatario no ha

la sección 15²⁸² (b) de UETA se refieren a la noción más técnica de "entrada en un sistema de información" de un receptor. La entrada en el sistema de información del receptor significa, de hecho, la entrada en su esfera de control (que refleja los requisitos tradicionales dentro de la teoría de la recepción). Así encontramos coincidencias en los diferentes ordenamientos internacionales y nacionales que hacen posible pensar en la unificación del contrato electrónico. De lo que se observa que la legislación internacional sigue el sistema anglosajón de la recepción de la oferta.

Otra diferencia que salta a la vista en la contratación electrónica es la forma de determinar en qué momento se hace entre de la oferta Castellani²⁸³ comenta el artículo 10²⁸⁴ (2) e-CC determina la hora de recepción de una comunicación electrónica enviada a una comunicación electrónica no designada, complementando así el artículo 24 de la CIM. Sigue la distinción entre dirección electrónica designada y no designada ya adoptada en el Artículo 15 (2) del MLEC, pero innova con respecto al momento de recepción de las comunicaciones electrónicas enviadas a una dirección electrónica no designada: en caso de que las comunicaciones se consideren recibidas cuando puedan recuperarse, como lo indica ser devuelto, como indica el Artículo 15 (2) de la MLEC. El artículo 10²⁸⁵, apartado 2, de la e-CC se aproxima más a la práctica existente, tanto en el ámbito electrónico como en el papel, y tiene por objeto evitar que el destinatario pueda retrasar deliberadamente o evitar la entrega de un mensaje electrónico al no

designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

²⁸² Section 15. Time and place of sending and receipt. (b) Unless otherwise agreed between a sender and the recipient, an electronic record is received when: (1) it enters an information processing system that the recipient has designated or uses for the purpose of receiving electronic records or information of the type sent and from which the recipient is able to retrieve the electronic record; and (2) it is in a form capable of being processed by that system.

²⁸³ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 51.

²⁸⁴ Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas. 2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste.

²⁸⁵ Ídem.

recuperarlo. También puede ser más fácil aportar evidencia de la existencia de la comunicación en lugar de su recuperación real, aunque esto también puede ser posible solicitando acuse de recibo o accediendo a los registros del servidor de correo electrónico. De lo anterior se observa que existen sensibles y francas diferencias entre el proceso de creación de un contrato de forma tradicional como lo establece la CCIM, y formar un contrato electrónico a través de las tecnologías de la información y las tecnologías de la información y comunicación, existe temas de integridad y seguridad de la entrega y recepción de los mensajes que deben ser tomados en cuenta y que deben ser consideradas por la ley uniforme no obstante las diferencias técnicas o tecnológicas de la forma en que se aplican en el entorno digital.

Mientras en el mundo físico la falta de recibo de una comunicación puede ser menos probable así también es más limitada la forma de probar que esta fue enviada; por el contrario, en el entorno digital, se depende tanto del emisor como de las comunicaciones electrónicas para que este sea entregado al destinatario sin embargo puede existir la posibilidad de que aún cuando el receptor haya enviado el mensaje éste no se reciba. Al respecto Castellani²⁸⁶ refiere en el caso de que el mensaje no se reciba debido a problemas técnicos, es posible hacer referencia al artículo 21²⁸⁷ (2) de la CCIM, indicando que cuando se intercambian mensajes en tales circunstancias, si su recibo tardío es efectivo a menos que el destinatario informe inmediatamente al remitente de su objeción a la trasmisión tardía. Como lo menciona, no es equiparable técnicamente la regulación de comunicaciones que son digitales y físicas a los mensajes electrónicos, desde luego pueden ser reguladas, sin embargo, deben serlo a través de normas que sigan los principios tecnológicos y no físicos. Como lo hemos mencionado con anterioridad estos procesos tecnológicos se dan en una velocidad equiparable a la luz, por cuanto a la inmediatez de las comunicaciones digitales, sin embargo,

²⁸⁶ Castellani, Luca G., Op. Cit. p. 51.

²⁸⁷ Artículo 21. 2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

también pueden ocurrir problemas en las tecnologías que hace posible el envío y entrega de las mismas.

El lugar del envío y la recepción en las comunicaciones digitales, puede ser un tanto complejo, ya que como hemos mencionado las posibilidades son infinitas, las partes pueden tener oficinas y centros de operación alrededor del mundo, sin embargo su domicilio comercial puede ser uno diferente a todos aquellos en donde se forman sus contratos; Castellani²⁸⁸ comenta que Artículo 15²⁸⁹ la MLEC indicarán en primer lugar cómo las nociones de tiempo y lugar de expedición y recepción pueden transponerse en un entorno electrónico. Artículo 10²⁹⁰ e-CC

²⁸⁸ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág.51. Traducción del Autor.

²⁸⁹ Artículo 15. — Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos. 1) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador. 2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar: i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario. 3) El párrafo 2) Será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 4). 4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo: a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual. 5) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

²⁹⁰ Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas 1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba. 2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste. 3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en el artículo 6.4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquel en que se tenga por recibida la comunicación en virtud del párrafo 3 del presente artículo.

ajustado Artículo 15 MLEC, teniendo en cuenta la evolución de la tecnología y las prácticas de negocio. Según el Artículo 15 MLEC, el mensaje de datos se envía cuando entra en un sistema fuera del control del originador. Sin embargo, de conformidad con el artículo 10, apartado 1, del CC-e, el envío de una comunicación electrónica tiene lugar cuando deja al sistema de información bajo el control del originador. El contenido en el e-CC tiene en cuenta el hecho de que el sistema de información fuera del control del originador puede no ser accesible por razones tales como cortafuegos, filtro de spam, descenso del sistema, etc. y que el originador puede no ser capaz de cuestiones técnicas, o incluso ser conscientes de ellos. Como distingue acertadamente el autor, la tecnologías de la información y comunicaciones, se desarrollan a velocidades estrepitosas y son innovadoras respecto a la forma de envío y recepción mientras que en el las operaciones tradicionales en papel las opciones son limitadas y predecibles, incluso hace notar una evolución técnica y tecnológica en la regulación jurídica entre la MLEC y la e-CC, que relativamente son contemporáneas; de lo que se advierte que la CCIM ha quedado completamente rebasada, ya que solo regula los problemas que pueden surgir en la entrega y recepción de comunicaciones tradicionales en papel.

Como observamos las posibilidades en los mensajes de datos son múltiples y conforme las tecnologías se sigan desarrollando seguirán siendo más complejas y es por ello la forma de regularlas deberá ser considerada de acuerdo a su naturaleza tecnológica, para que se garantice su seguridad e integridad.

Es importante mencionar que el éxito en el uso de las comunicaciones electrónicas es la seguridad e integridad de los mensajes Castellani²⁹¹ comenta que la cláusula de seguridad contenida en el artículo 9.3²⁹² b) ii) e-CC tiene por objeto garantizar que no se repudie una firma electrónica siempre que sea posible identificar al firmante y averiguar su intención con respecto a las comunicaciones firmadas. Sin esta disposición, la prueba de fiabilidad podría conducir al resultado

²⁹¹ Castellani, Luca G. Op. Cit. p. 48 y 49. Traducción del Autor.

²⁹² Artículo 9. Requisitos de forma. 3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica: b) Si el método empleado: ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra.

indeseable de invalidar una comunicación válida por el único motivo de que el método de firma no era tan fiable, lo que posiblemente expondría al signatario de sus publicaciones. Esta prueba se denomina "fiabilidad en la práctica", mientras que la que figura en el artículo 9, apartado 3, letra b), inciso i) e-CC, se denomina "fiabilidad en teoría". Para que las firmas no sean invalidadas cuando existan controversias entre las partes, es necesario que exista uniformidad por cuanto a los parámetros de seguridad e integridad con el que tienen ser formadas las firmas electrónicas, así como los requisitos tecnológicos mínimos que deberán seguir los organismos certificadores, que sea uniformes para garantizar su reconocimiento global.

Es vital que la unificación de firmas y mensajes electrónicas sea universal Castellani²⁹³ comenta que la importancia del artículo 9 (3) e-CC para el desarrollo del comercio electrónico transfronterizo no puede ser exagerada. Como se ha mencionado, los acuerdos de libre comercio (ALC) a menudo contienen una cláusula que obliga al reconocimiento transfronterizo de firmas electrónicas basadas en estándares tecnológicos neutros. Más recientemente, en el párrafo 1 del artículo 14.5²⁹⁴ de la *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement*, (TPSEP) hace una referencia explícita a la obligación de las partes de mantener una legislación basada en el MLEC o el e-CC. Tales disposiciones de TPSEP están relacionadas con la promoción del comercio electrónico y tienen como objetivo promover el comercio sin papel. El mecanismo previsto en el Artículo 9 (3) e-CC los implementa efectivamente a nivel multilateral. Es importante mencionar que si bien es cierto que el TPSEP integra el capítulo 14 al comercio electrónico y hace mención de la MLEC y el e-CC, deja fuera de la especificación la MLES, por lo cual nuevamente se deja abierto la forma de unificación para dar seguridad e integridad a los contratos electrónicos; además el TPSEP aún no entra en vigor y

²⁹³ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 49.

²⁹⁴ Artículo 14.5: Marco Nacional de las Transacciones Electrónicas 1. Cada Parte mantendrá un marco legal que rija las transacciones electrónicas y que sea compatible con los principios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico 1996, o con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales hecho en Nueva York, Noviembre 23 de 2005.

las condiciones globales actuales no abonan para en el futuro próximo pueda ser aplicable o entre en vigor.

Como ya lo hemos resaltado las complicaciones técnicas y tecnológicas de los contratos electrónicos, por su naturaleza digital, son diversas a la formación de contratos en papel ejemplo de ello son los errores en el envío y recepción de los mensajes de datos al respecto Castellani²⁹⁵ comenta que el artículo 15²⁹⁶ de la CCIM ha sido escasamente aplicado y, por lo tanto, la pertinencia práctica de la cuestión puede parecer limitada. Sin embargo, el uso de la comunicación electrónica podría requerir un mayor uso de esa disposición, dada la velocidad y reutilización de los datos. Por ejemplo, un mensaje electrónico podría equivocadamente omitir referencia a términos y condiciones estándar, o reproducir información de una transacción similar, pero no idéntica. En estos casos, parece deseable permitir también la retirada en una fase posterior, por ejemplo, al referirse al momento en que el beneficiario comienza a actuar basándose en la oferta, una noción contenida en la letra c) del apartado 2 del artículo 16²⁹⁷ de la CCIM. En el caso concreto, tal regla aseguraría el equilibrio entre la flexibilidad contractual, que permite el retiro de la oferta, y la irrevocabilidad, que protege a un extraño que depende de la oferta. Como se observa la diferencia de enfoque entre la CCIM y la MLEC y la e-CC es diametral, no encuentra comparación en la forma física y digital, por lo que resulta evidente la necesidad de actualizar y modernizar la CCIM.

Otro aspecto importante para determinar el derecho aplicable al contrato es el lugar de firma del acuerdo mercantil, ¿cómo se determina en mundo digital? Castellani²⁹⁸ refiere que la noción de lugar de negocio en un entorno electrónico. La noción de "lugar de negocios" tiene una importancia significativa en la CCIM, tanto para definir el ámbito de aplicación de la Convención como para la formación

²⁹⁵ Castellani, Luca G. Op.Cit. Pág. 52. Traducción del Autor.

²⁹⁶ Artículo 15. 1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario. 2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

²⁹⁷ Artículo 16. 2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

²⁹⁸ Castellani, Luca G. Op. Ci. Pág. 53. Traducción del Autor.

y cesión del contrato de venta internacional de bienes. Sin embargo, la CCIM no contiene una definición de esa noción (o de cualquier otra noción). El artículo 4²⁹⁹ (h) e-CC define el lugar de negocio como "cualquier lugar donde una parte mantiene un establecimiento no transitorio para desarrollar una actividad económica que no sea la provisión temporal de bienes o servicios fuera de un lugar específico". Esa definición parece estar en consonancia con la interpretación predominante de esa noción al aplicar la CCIM. Esta es una de las pocas características que no se modifican en el mundo virtual, es decir el lugar del negocio seguirá siendo aquél en donde se encuentre establecida la actividad comercial de las partes; esta previsión consideramos es adecuada en razón a que en la actualidad las empresas tienen múltiples domicilios para su operación en los cinco continentes mientras sus plantas productoras pueden estar concentradas en aquellos países que ofrecen mano de obra más accesible y los corporativos en las ciudades con mayor intercambio económico. El artículo 24 de la CCIM establece que: una oferta, declaración de aceptación o cualquier otra indicación de intención "llega" al destinatario cuando ... se le entrega ... personalmente, a su lugar de negocio o dirección postal o, Tener un lugar de negocios o dirección postal, a su residencia habitual. Como se observa la CCIM se encuentra desactualizada por cuanto a la actualización en entornos digitales.

Así también otra forma de regular a las comunicaciones electrónicas es la que propone la MLEC, como hemos insistido las tecnologías ofrecen múltiples posibilidades para su regulación, sin embargo, es necesario que exista uniformidad en los instrumentos internacionales. Castellani³⁰⁰ comenta que bajo este artículo es posible equiparar la dirección de correo con la dirección electrónica. El Artículo 10³⁰¹ (3) e-CC establece la presunción de que las comunicaciones electrónicas se consideran separadas y recibidas en el lugar de

²⁹⁹ Artículo 4. Definiciones. h) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.

³⁰⁰ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 53. Traducción del Autor.

³⁰¹ Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas. 3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en el artículo 6.

negocio, respectivamente, del originador y del destinatario. La disposición es similar a la contenida en el artículo 15³⁰² (4) del MLEC. El artículo 6³⁰³ e-CC se refiere a la determinación real del lugar de negocios. Consideramos que es más completa la e-CC por cuanto a prever la posibilidad de impugnar el lugar establecido por alguna de las partes, si se tienen pruebas o indicios de que en realidad el negocio está establecido en un lugar diferente, y esta precisión resulta relevante en razón a que del domicilio se establecerá el derecho aplicable al contrato.

En el entorno digital resulta un tanto complejo el determinar con exactitud un lugar físico respecto a uno virtual, por lo cual la legislación debe contemplar la naturaleza tecnológica de las comunicaciones, Castellani³⁰⁴ comenta que el artículo 6³⁰⁵ (1) e-CC introduce la presunción refutable de que el lugar de negocio de una parte se encuentra en el lugar indicado por esa parte. El artículo 6³⁰⁶, apartado 2, e-CC reitera y se basa en el artículo 10³⁰⁷, apartado 1, letra a), de la CCIM, indicando que, en el caso de múltiples lugares de negocio, el lugar pertinente es el que tiene la relación más estrecha con el contrato. Las circunstancias conocidas o contempladas por las partes en cualquier momento

³⁰² Artículo 15. — Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos. 4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo: a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, sustentable será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

³⁰³ Artículo 6. Ubicación de las partes. 1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.

³⁰⁴ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 53. Traducción del Autor.

³⁰⁵ Artículo 6. Ubicación de las partes. 1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.

³⁰⁶ Artículo 6. Ubicación de las partes. 2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste.

³⁰⁷ Artículo 10. A los efectos de la presente Convención: a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, sustentable será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

antes o al término del contrato. El Artículo 6³⁰⁸ (3) e-CC sigue el Artículo 10³⁰⁹ (1) (b) de la CCIM, al afirmar que si una persona natural no tiene un lugar de negocios, se debe hacer referencia a la residencia habitual de la persona. Es evidente el enfoque tecnológico del e-CC y la MLEC que respeta la naturaleza digital de las operaciones que busca regular, resulta obvio ya que se creó cuando las TI y TIC's ya existían se estaban desarrollando, e incluso podríamos prever que quedaran obsoletas en cuanto se desarrolle una nueva ola tecnológica. Mientras que la CCIM evidencia su desactualización, y aún cuando en el momento de su creación se pensó en los posibles desarrollos tecnológicos, no pudo prever el desarrollo vertiginoso de la era digital.

Al existir una variedad de sistema y formas de operación de las tecnologías de la información consideramos que es más preciso establecer el domicilio en función de la ubicación física del negocio, prever y regular el avance tecnológico sería imposible ante las múltiples posibilidades que establece el mundo digital; Castellani³¹⁰ comenta que artículo 6³¹¹ (4) del e-CC se ocupa de cuestiones relacionadas con la utilización de sistemas de información, a los que no sólo se puede acceder de forma remota, sino también de componentes discretos situados en diferentes lugares. En el artículo 6 (4) e-CC se especifica que la ubicación del equipo y la tecnología de soporte o del lugar desde donde se accede a un sistema de información no son necesariamente relevantes para La determinación del lugar de negocios de una parte. Artículo 6³¹² apartado 5 e-CC introduce una norma similar con respecto al uso de nombres de dominio o direcciones de correo electrónico específicos de cada país. Es necesario contemplar que por una parte

³⁰⁸ Artículo 6. Ubicación de las partes. 3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

³⁰⁹ Artículo 10. A los efectos de la presente Convención: b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

³¹⁰ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 53 y 54. Traducción del Autor.

³¹¹ Artículo 6. Ubicación de las partes. 4. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

³¹² Artículo 6. Ubicación de las partes. 5. El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

las operaciones del comercio virtual pueden realizarse en cualquier lugar, basta que se tenga conexión a internet y un dispositivo móvil o computadora para que se realice en cualquier momento y espacio, no existe por tanto una limitante física para que los contratos electrónicos y los mensajes por medio de los cuales se expresa la voluntad deban ser enviados únicamente desde el lugar en el que tiene el domicilio físico o mayor actividad comercial.

Otras normas sobre la contratación electrónica, a diferencia del contrato tradicional en papel el mundo digital ofrece opciones ilimitadas parecidas a los contratos de adición tradicionales, que pueden impactar en cientos de compradores en todo el mundo de forma simultánea al respecto el 11³¹³ e-CC establece que una propuesta contractual contenida en una comunicación electrónica no dirigida a partes concretas, pero generalmente accesible a las partes que hacen uso de sistemas de información, se considera una oferta, un elevado número de aceptaciones bancarias no se pueden recibir en un corto período de tiempo. Tal posibilidad podría requerir el mantenimiento de grandes existencias físicas de bienes comercializados, lo que conduce a una gestión de almacén ineficiente o costosas compras de cobertura y, eventualmente, precios más altos para los compradores finales.

La contratación electrónica tiene posibilidades ilimitadas y nunca comparables con las operaciones tradicionales, mientras en el mundo físico los contratos no pueden ser celebrados sin la intervención física de ambas partes, en el mundo digital; los contratos pueden ser celebrados incluso sin la intervención de persona alguna. Al respecto Castellani³¹⁴ comenta que el artículo 12³¹⁵ e-CC especifica que un

³¹³ Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas. Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

³¹⁴ Castellani, Luca G. Op. Cit. p. 54. Traducción del Autor.

³¹⁵ Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya

contrato celebrado con el uso de sistemas automatizados de mensajería es válido y aplicable, a pesar de que ninguna persona natural revisó o sobrevino en las acciones realizadas por el sistema automatizado de mensajes. La aclaración puede ser particularmente útil en jurisdicciones con limitada familiaridad con esos sistemas. Como se observa la CCIM ha quedado obsoleta por cuanto a la nueva mecánica de la contratación electrónica, y es necesario cambiar el enfoque del siglo XIX sobre la contratación para que evolucione y regule de forma actual la nueva contratación.

Es importante aclarar que si bien la forma en que el contrato electrónico se forma a través de las diferentes tecnologías de la información y las tecnologías de información y comunicación, la fuerza vinculante y la exigencia de las voluntades expresadas por las partes al momento de obligarse, no pierden valor jurídico por el hecho de expresarse en el entorno digital, el derecho simplemente debe evolucionar y adaptarse al nuevo entorno líquido para seguir regulando de igual forma que en el mundo factico las obligaciones contraídas por las partes, y el momento y forma en que esas obligaciones deben de ser cumplidas y en caso de no hacerlo se exija su cumplimiento. Castellani³¹⁶ comenta que el artículo 13³¹⁷ e-CC indica que el e-CC no afecta a los deberes de información, que a menudo son citados en la legislación nacional. esta aclaración puede ser particularmente relevante cuando el e-CC se aplica a transacciones con consumidores, en razón de una declaración presentada por un estado o un acuerdo de aceptación voluntaria de las partes. El preámbulo del MLEC³¹⁸ contiene una observación de

revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos.

³¹⁶ Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 54. Traducción del Autor.

³¹⁷ Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.

³¹⁸ Recordando la recomendación relativa al valor jurídico de los registros computadorizados aprobada por la Comisión en su 18.º período de sesiones, celebrado en 1985, y el inciso b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, en la que la Asamblea pidió a los gobiernos y a las organizaciones internacionales nacionales que, cuando así convenga, adopten medidas acordes con las recomendaciones de la Comisión a fin de garantizar

alcance similar que indica que el MLEC no anula ninguna regla de derecho destinada a la protección de los consumidores. Una serie de consideraciones diferentes se refieren al hecho de que los deberes de información pueden obstaculizar el comercio electrónico transfronterizo y violar el principio de no discriminación del comercio electrónico, si se requiere sólo una conexión con el uso de las comunicaciones electrónicas. Este último caso no es infrecuente con respecto a la protección de los consumidores. Concordamos con lo expresado, toda vez que el hecho de que la contratación internacional se haya desmaterializado por virtud de la evolución de la tecnología, no significa que los derechos protegidos a las partes intervinientes en un acuerdo jurídico deban ser disminuidas en cuanto a valor o protección jurídica de las partes, por el contrario debe ser un aliciente a que existan mayores beneficios para las contratantes y se realicen de forma dinámica, segura, y legitimada de forma internacional.

Otro aspecto incomparable entre la formación de contratos físicos o tradicionales en papel y los contratos celebrados en el entorno digital es la inmediatez, y al respecto la regulación de las comunicaciones en cada una o de los casos es completamente diversa, y debe legislarse con base a la naturaleza física o digital de cada uno de ellos; el entorno digital es insuperablemente veloz las comunicaciones electrónicas prácticamente viajan a la velocidad de la luz a en todo el globo, en cuestión de segundos, mientras que una comunicación tradicional ya sea física en papel le toma días, los telegramas reducen significativamente el tiempo sin embargo sigue existiendo la intervención humana en la entrega, lo que no sucede en los fax, e mail o video llamadas y mensajes cifrados que en solo segundos pueden crearse, enviarse y ser recibidos en el otro extremo del mundo. Castellani³¹⁹ comenta que de conformidad con el artículo 20³²⁰ de la CCIM, un plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex,

la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio internacional.

³¹⁹ Castellani, Luca G. Op. Cit. p. 52. Traducción del Autor.

³²⁰ Artículo 20. 1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al

u otro medio de comunicación instantánea, comienza a correr a partir del momento en que la oferta represente al destinatario. En general, la entrega y recepción inmediatas de un mensaje electrónico no implica necesariamente una respuesta inmediata. Las cuestiones similares a las relacionadas con la retirada o revocación de la oferta surgen con respecto a la aceptación de la oferta. El artículo 22³²¹ de la CCIM indica que "la aceptación podrá ser retirada si la retirada alcanza el ofrecimiento antes o al mismo tiempo que la aceptación se hubiera hecho efectiva. De lo que se observa que el texto de la CCIM ha quedado completamente obsoleto y superado, y que no es posible dar el mismo tratamiento jurídico por cuanto a la aceptación y retiro de la oferta en el mundo físico de papel y el mundo digital, toda vez que derivado de su propia naturaleza la tarea resulta inasequible. Para alcanzar la equivalencia funcional y la uniformidad en el reconocimiento de los contratos electrónicos es necesario que, por una parte, se actualice la CCIM para que el reconocimiento de las operaciones realizadas a través de TI y TIC's alcancen un reconocimiento jurídico uniforme y externo en todo el mundo. Al respecto Castellani³²² menciona que el artículo 9(4)³²³ y (5)³²⁴ e-CC contiene los requisitos para establecer el equivalente funcional de la noción de "original" en

destinatario. 2) Los días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

³²¹ Artículo 22. La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

³²² Castellani, Luca G. Op. Cit. Pág. 49.

³²³ Artículo 9. Requisitos de forma. 4. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se proporcione o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se tendrá por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en cuanto comunicación electrónica o de otra índole; y b) Si, en los casos en que se exija proporcionar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de proporcionar.

³²⁴ Artículo 9. 5. 5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4: a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y b) El grado de fiabilidad requerido se determinará teniendo en cuenta la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso.

papel. Esas disposiciones, inspiradas en los apartados 1 y 3 del artículo 8³²⁵ de la MLEC, son fundamentales para garantizar la homogeneidad transfronteriza y, por lo tanto, la previsibilidad jurídica, al tiempo que permiten flexibilizar dichas disposiciones. De manera similar a lo que podría suceder con las firmas electrónicas, establecer requisitos excesivamente rígidos para el equivalente funcional de "original", incluso exigiendo implícita o explícitamente el uso de ciertas tecnologías, puede crear un obstáculo significativo al reconocimiento transfronterizo de las comunicaciones electrónicas. Coincidimos con el autor en que es insuficiente regular al contrato electrónico sin que exista uniformidad sobre las firmas electrónicas como medio de autenticación de la voluntad de los contratantes, es por ello que proponemos que se actualice la CCIM con los avances jurídicos de la MLEC, MLES y la e-CC.

Las comunicaciones en medios digitales implican una sincronía entre el humano y las TI y TIC's, es decir al existir la intervención de ambos factores el humano y el electrónico, los errores en las comunicaciones pueden generarse por cualquiera de los dos factores que intervienen en ellos, más aún si tomamos en consideración que actualmente existen mecanismos que son completamente autónomos y que se excluye al 100% la intervención humana en su formación, no así en la aceptación y ratificación de las obligaciones contenidas. Así Castellani³²⁶ menciona que el artículo 14³²⁷ e-CC tiene por objeto proteger a las personas

³²⁵ Artículo 8. Original. 1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

³²⁶ Castellani, Luca G. Op. Cit. p. 55. Traducción del Autor.

³²⁷ Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas 1. Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre ésta haya actuado, tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si: a) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido; y si b) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni ha obtenido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1.

físicas de los errores imputados. Esta disposición no existía en textos anteriores de la CNUDMI y representa una rara excepción al principio de que los textos de la CNUDMI sobre el comercio electrónico no crean un derecho sustantivo. La justificación de esa excepción está relacionada con las características peculiares de la interacción entre seres humanos y máquinas. Sin embargo, el ámbito de aplicación del artículo 14 e-CC es limitado, ya que el error de entrada sólo puede retirarse si se cumplen varias condiciones: el error de entrada se produce por una persona física que se ocupa de un sistema automatizado de mensajería; El sistema de mensajes automatizado no proporciona una oportunidad para corregir el error; La parte que cometió un error no ha recibido ningún beneficio de la transacción. Por lo tanto, si el sistema automatizado de mensajes proporciona al ser humano la posibilidad de revisar y confirmar la información introducida, como ocurre a menudo, el artículo 14 e-CC no se aplica. En caso de entrega inmediata del bien o servicio (por ejemplo, digitalmente), puede ser difícil, si no imposible, que la parte que invoca el error pruebe que no se ha beneficiado de la transacción. Es importante alcanzar la uniformidad por cuanto a la regulación de la contratación electrónica, para que el comercio electrónico pueda ser desarrollado en un entorno seguro y jurídicamente uniforme al respecto Castellani³²⁸ comenta que el e-CC y otros textos de la UNCITRAL sobre comunicaciones electrónicas no sólo proporcionan un marco uniforme para el comercio electrónico mundial, sino que complementan otros textos de la UNCITRAL, a saber, la CCIM. La técnica legislativa adoptada en el e-CC minimiza los inconvenientes al tiempo que proporciona la máxima eficacia, ya que opta como complemento a los tratados existentes sin desplazar su funcionamiento o crear regímenes duales potencialmente confusos. Los Estados deberían considerar la adopción del e-CC para facilitar su integración en la economía digital global. Sin embargo, la aceptación de la e-CC es mínima por lo que su aplicación es sumamente limitada en la comunidad internacional.

Es igualmente importante aumentar la seguridad de la existencia de esa ley uniforme en sus acuerdos contractuales. Esto contribuirá significativamente a

³²⁸ Castellani, Luca G., Op. Cit. p. 55. Traducción del Autor.

abordar cuestiones emergentes como el tratamiento jurídico eficaz de las cadenas de suministro transfronterizas. Al respecto Kryczka³²⁹ refiere que la Ley Modelo de la CNUDMI y la UETA no se limitan a esa regla general, sino que contienen una estructura más matizada que refleja la asignación apropiada del riesgo en las comunicaciones electrónicas. El reconocer que la entrada de mensajes electrónicos en la esfera de control del receptor es menos evidente que en el mundo físico y por lo tanto el destinatario debe ser protegido adicionalmente. A tal fin, la Ley Modelo de la CNUDMI distingue si el remitente realmente envió un mensaje a dicho sistema designado (si no, se considera que un recibo sólo se produce cuando el mensaje electrónico enviado al otro sistema designado o utilizado por el destinatario) contiene el requisito previo de que el mensaje sea capaz de ser procesado. Diferencias sensibles que en el mundo físico no pueden realizarse.

Por su parte Ramberg³³⁰ comenta que también deberían tenerse en cuenta los elementos adicionales planteados por la Ley Modelo de la CNUDMI y la UETA, como la voluntad del receptor (expresada o implícita por el hecho de que el receptor ha designado o de hecho utiliza el sistema de información para ciertos tipos de comunicaciones). Y reflexiona sobre los posibles esfuerzos de armonización en el contexto de las limitaciones electrónicas exige que se opte por una cierta elección en cuanto al carácter y la forma de la legislación deseada. Aceptar que no hay necesidad de reinventar un derecho contractual para garantizar el buen funcionamiento del comercio electrónico hace que toda la tarea sea algo más fácil y más difícil al mismo tiempo. El supuesto de que la ley vigente es también generalmente adecuada para el comercio electrónico nos permite referirnos a soluciones desarrolladas y verificadas a lo largo de los años por generadores de abogados. Por otro lado, a menudo requiere que uno busque valores subyacentes (ya menudo no aparentes) y racionalidades.

³²⁹ Kryczka, Katarzyna, "Electronic Contracts and the Harmonization of Contract Law in Europe-Am Action Required, A Mission Impossible?". *European Review of Private Law*. Volume 13 N°2. The Netherlands. 2005. p. 149-160.

³³⁰ Ramberg, C. "E-commerce", in: A. Hartkamp et al. (eds), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2004. p.238.

Podemos observar que la e-CC y la MLEC deben proveer de mecanismos que den seguridad a los usuarios y den las mismas garantías que obtienen las personas que contratan de forma presente, la digitalización de las operaciones mercantiles no tiene que ser un obstáculo para el desarrollo del comercio mundial, y desde luego tampoco tiene que implicar riesgos mayores. Por ello es importante que la CCIM sea renovada para que incluya las previsiones por cuanto al marco mínimo legal que deben garantizar los EDI, así como la confirmación por la incorporación por remisión. Es imperante que las partes contratantes queden debidamente identificadas para que el comercio no sea el medio para que la delincuencia organizada e incluso las asociaciones terroristas tenga una plataforma abierta para el movimiento de sus activos en el comercio global.

3.5 La directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de trece de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el diecinueve de enero del dos mil, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

La directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de trece de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el diecinueve de enero del dos mil, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica³³¹ complementa la directiva en materia de comercio electrónico, la directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Derivado de los esfuerzos individuales de Francia que es pionera en materia de reglamentación electrónica y España que ha seguido de cerca la modernización de su legislación se generó la Directiva Europea al respecto Elías Azar³³² comenta que la influencia de la legislación francesa y española en la codificación privada mexicana, así como la española en la nueva normativa federal electrónica explica la atención especial que merece estos países europeos. Asimismo, la integración de nuestros homólogos europeos en el mercado interior de la UE y la incorporación en sucesivas reformas nacionales de las Directivas electrónicas, relativas a la firma -1999/93/CE- y al comercio -2000/31/CE- obliga a referenciar panorámicamente los derechos más representativos y acordes con el ordenamiento mexicano. Esta posición se refuerza con la sensibilidad del modelo europeo ante la debilidad de los adherentes y consumidores frente a los empresarios y profesionales, frente al silencio que en este aspecto presentan el modelo transnacional UNCITRAL y federal estadounidense. Es de destacar que a diferencia de la primera potencia mundial el enfoque que tiene la Unión Europea,

³³¹ 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. Consultado 6 de abril 2013. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:ES:NOT>.

³³² Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. 44.

se distingue por los esfuerzos en materia legislativa para crear un mercado digital justo que beneficie a todas los Estados de la Unión.

La firma electrónica como ya lo hemos mencionado tiene una función indispensable para el buen desarrollo del comercio electrónico por cuanto a la expresión de la voluntad de las contratantes a través de los medios electrónicos, es la firma electrónica el mecanismo por el cual las partes se vinculan y por ello es de suma importancia que esta sea reconocida y cumpla con la equivalencia funcional de la firma autógrafa que aquí hemos llamado firma tradicional.

El principal objetivo de la Directiva es dar seguridad e integridad a la formación de contratos a través de TI y TIC's al respecto Martínez Nadal³³³ nos dice que respecto del objeto y la finalidad de la directiva, es especialmente significativo el contenido de su considerando (4)³³⁴: *“la comunicación y el comercio electrónico requieren firmas electrónica y servicios conexos de autenticación de datos”*. Es de destacar el interés y la visión de la Comunidad Europea de proveer un marco normativo uniforme y seguro para la firma electrónica, al estar conscientes de la importancia y trascendencia que tiene la efectiva y uniforme regulación del medio de autenticación de las operaciones digitales. La firma electrónica avanzada también llamada firma digital, y no la firma electrónica simple da confianza a los usuarios de las tecnologías de la información, además de coincidir con el punto de que la aceptación general de la misma es necesaria no únicamente en la Unión Europea sino en forma global.

La Directiva distingue entre dos tipos de firmas la “firma electrónica” y “la firma electrónica avanzada”, para lo cual estudiaremos la definición de cada una de

³³³ Martínez, Nadal. Apol Lónia. *La Ley de Firma Electrónica*. Civitas Ediciones, S.L. España. 2000. p. 21-22.

³³⁴ La directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo. (4) “la comunicación y el comercio electrónico requieren firmas electrónica y servicios conexos de autenticación de datos; la heterogeneidad normativa en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y acreditación de los proveedores de servicios de certificación entre los Estados miembros puede entorpecer gravemente el uso de las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico; por otro lado, un marco claro comunitario sobre las condiciones aplicables a la firma electrónica aumentará la confianza en las nuevas tecnologías y la aceptación en general de las misma, la legislación de los Estados miembros en este ámbito no debería obstaculizar la libre circulación de bienes y servicios en el mercado interior”.

ellas, así tenemos que, por cuanto a la “firma electrónica” el artículo 2³³⁵, definiciones dice: 1) “firma electrónica”: los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación³³⁶. Como se observa en el artículo 2 define a la “firma electrónica simple” como los datos electrónicos como medio de autenticación del mensaje en sí, y no vincula estos datos a persona en lo específico, lo cuál deja vulnerable la integridad y autenticidad del firmante. Por su parte la “firma electrónica avanzada” se define como: 2) “firma electrónica avanzada”: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.³³⁷ Existe una significativa diferencia entre un contrato electrónico que se encuentre formado por virtud de una “firma electrónica” y una “firma electrónica avanzada”, recordemos que el hecho de que el contrato se forma a través de medios digitales, no significa que se obvian las formalidades de expresión de la voluntad de acto jurídico. En razón de lo anterior coincidimos en que la firma que debe expresar la voluntad de las partes debe ser la “firma electrónica avanzada” y aunado a ello también deben de ser resguardados los EDI a través de la “firma electrónica” que garantice la integridad y seguridad de las comunicaciones que intercambien las partes en el proceso de negociación.

Al tener asegurada la integridad y seguridad del mensaje de datos y también de su autor una vinculación equivalente a la de la firma autógrafa, se reconocerá efectos jurídicos a al contrato.

³³⁵ Artículo 2. Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: “1) “firma electrónica”: los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación; 2) “firma electrónica avanzada”: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.”

³³⁶ Martínez, Nadal. *Apol Lónia*. Op. Cit. 21-22.

³³⁷ 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.

El artículo 5³³⁸ de la Directiva reconoce los efectos jurídicos de la firma electrónica, haciendo mención de que los Estados procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma. Para que la firma electrónica avanzada sea segura y alcance la equivalencia funcional para que le sea reconocido su valor jurídico que satisfaga dos características a saber que: “a) *satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y b) sea admisible como prueba en procedimientos judiciales*”. Lo que deja en claro que la directiva establece que reconocerá valor jurídico a la firma hecha a través de medios electrónicos, siempre que los mecanismos y tecnologías de la información y tecnologías de la información y comunicación garanticen los mismos elementos de seguridad, integridad e identidad que la firma autógrafa; y que estos puedan ser probados para reconocerles valor jurídico.

Es evidente la intención del legislador de lograr una equivalencia funcional entre las firmas electrónicas avanzadas, que como ya hemos estudiado en capítulos que anteceden tienen diversas formas de creación, y no solo se preocupara por lograr un marco mínimo para la confiabilidad de la firma al establecer que debe estar basada en un certificado reconocido y creado por un dispositivo seguro, sino además establece que las legislaciones internas de los Estados miembros deberán aceptar la misma como prueba en los procedimientos judiciales.

Así también, establecen que la “firma electrónica” también deberá ser reconocida en procesos jurídicos como prueba, y hacen mención a los principios CENUDMI de no discriminación, neutralidad y equivalencia funcional, en mismo artículo 5 en

³³⁸ Artículo 5. Efectos jurídicos de la firma electrónica 1. Los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma: a) satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y b) sea admisible como prueba en procedimientos judiciales. 2. Los Estados miembros velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que: - ésta se presente en forma electrónica, o - no se base en un certificado reconocido, o - no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o- no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

su fracción 2 que dice: “*Los Estados miembros velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que: ésta se presente en forma electrónica, o no se base en un certificado reconocido, o no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma*”.³³⁹ Al fijar la obligación a los Estados de dar valor jurídico a la “firma electrónica” establece la confianza de que en caso de que exista controversias entre las partes, podrán someterse a la jurisdicción correspondiente para dirimir sus diferencias, lo que se traduce en la confianza de las operaciones electrónicas.

Si bien es cierto que los efectos jurídicos de la “firma electrónica avanzada” son más amplios que los de la “firma electrónica” simple o al carecer de alguno de los elementos necesarios para reconocerse como electrónica avanzada, es importante que, a esta última, le reconozca valor jurídico como prueba que inmaculada con otros elementos probatorios pueda alcanzar a probar la existencia del acto jurídico. Ya que los EDI serán elementos esenciales en la formación de obligaciones comerciales que también tendrán que ser resguardados por cuanto a su integridad y autenticidad.

La Directiva también aborda aspecto internacionales, en su artículo 7³⁴⁰ establece requisitos que las firmas de Estados fuera de la UE deberán de satisfacer para

³³⁹ 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.

³⁴⁰ Artículo 7. Aspectos internacionales. 1. Los Estados miembros velarán por que los certificados expedidos al público como certificados reconocidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país, sean reconocidos como jurídicamente equivalentes a los expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad si se cumple alguna de las condiciones siguientes: a) que el proveedor de servicios de certificación cumpla los requisitos establecidos en la presente Directiva y haya sido acreditado en el marco de un sistema voluntario de acreditación establecido en un Estado miembro; b) que un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, que cumpla las prescripciones de la presente Directiva, avale el certificado; c) que el certificado o el proveedor de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u organizaciones internacionales. 2. Para facilitar tanto la prestación de servicios transfronterizos de certificación con terceros países como el reconocimiento legal de las firmas electrónicas avanzadas originarias de estos últimos, la Comisión presentará, en su caso, propuestas para lograr el efectivo establecimiento de normas y acuerdos internacionales aplicables a los servicios de certificación. En particular, y en caso necesario, solicitará al Consejo mandatos para la negociación de acuerdos

que les sea reconocido el valor jurídico, estableciendo un marco jurídico uniforme en la UE para todos los Estados miembros que crea un marco jurídico mínimo, que se deberán satisfacer no importa en qué lugar de la UE se quieran hacer valer entre los que destacan: “a) *que el proveedor de servicios de certificación cumpla los requisitos establecidos en la presente Directiva y haya sido acreditado en el marco de un sistema voluntario de acreditación establecido en un Estado miembro;*” lo que obliga a los Estados fuera de UE adoptar las directrices de la Directivas si desean hacer comercio electrónico con cualquier país de la UE, “b) *que un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, que cumpla las prescripciones de la presente Directiva, avale el certificado;*” no basta que se cumpla con los requisitos específicos de la directiva, además tendrán que contar con el aval de un proveedor de servicios certificado de la UE, y, “c) *que el certificado o el proveedor de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u organizaciones internacionales*” al establecer que el certificador o proveedor de los servicios de certificación esté reconocido por virtud de un acuerdo bilateral o multilateral, se avanza en la unificación de los certificadores, es una camisa hecha a medida para aquellos que quieran entrar al mercado digital europeo; que dicho sea es uno de los más importantes y poderosos en el mundo con esta Directiva la UE establece claras y firmes directrices a satisfacer para la comunidad internacional.

Para lograr el objetivo de que el mercado electrónico de la UE sea seguro, se establece el apartado 2 del artículo 7, del que destaca la voluntad de la UE de “*facilitar tanto la prestación de servicios transfronterizos de certificación con terceros países como el reconocimiento legal de las firmas electrónicas*” lo que pretende alcanzar a través “*establecimiento de normas y acuerdos internacionales*

bilaterales y multilaterales con terceros países y organizaciones internacionales. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada. 3. Cuando la Comisión sea informada de cualquier dificultad encontrada por las empresas comunitarias en relación con el acceso al mercado en terceros países, podrá, en caso necesario, presentar propuestas al Consejo para obtener un mandato adecuado para la negociación de derechos comparables para las empresas comunitarias en dichos terceros países. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada. Las medidas tomadas en virtud del presente apartado se entenderán sin perjuicio de las obligaciones de la Comunidad y de los Estados miembros con arreglo a los acuerdos internacionales pertinentes.

aplicables a los servicios de certificación". La UE reconoce la necesidad de unificación de los aspectos electrónicos de seguridad e integridad de la contratación electrónica y establece su franca disposición en liderar esta difícil y complicada operación, sin embargo, ya ha dado el primer paso, al cerrar el reconocimiento jurídico y valor probatorio a las "firmas electrónicas" de Estados terceros que deberán satisfacer las directrices de la Directiva. Y hace énfasis *"En particular, y en caso necesario, solicitará al Consejo mandatos para la negociación de acuerdos bilaterales y multilaterales con terceros países y organizaciones internacionales."* Consideramos que la UE es un buen líder para alcanzar la unificación en materia de "firma electrónica", "firma electrónica avanzada" y "contratación electrónica" por ahora han asegurado la seguridad y certeza de las operaciones en la UE.

Establece también un mecanismo para regular e integrar mercados de terceros países que por alguna razón tengan problemas, se establece un mecanismo único para la negociación para lo cual dedicó el artículo 7.3. que menciona que: *"Cuando la Comisión sea informada de cualquier dificultad encontrada por las empresas comunitarias en relación con el acceso al mercado en terceros países, podrá, en caso necesario, presentar propuestas al Consejo para obtener un mandato adecuado para la negociación de derechos comparables para las empresas comunitarias en dichos terceros países. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada"*. Al asegurar que la negociación con mercados de terceros países se haga de forma unitaria asegura la preponderancia de las directrices de la Directiva.

Y por último establece la armonización de la Directiva con los instrumentos jurídicos Internacionales y nacionales que cada Estado tenga firmado con anterioridad a la Directiva y menciona: *"Las medidas tomadas en virtud del presente apartado se entenderán sin perjuicio de las obligaciones de la Comunidad y de los Estados miembros con arreglo a los acuerdos internacionales"*

pertinentes".³⁴¹ Ejemplo de ello la CCIM que se encuentra ratificada por la mayorías de los Estados miembro de la UE.

Resulta valiosa la forma en que la Directiva reguló por una parte las obligaciones de respetar el marco jurídico mínimo por los Estados miembro, tanto como los requisitos que deberán satisfacer los Estados terceros y además el mecanismo para solucionar cualquier dificultad de interacción con mercados terceros y que se deberá negociar a través de la UE, ya que es una realidad del siglo XXI, al respecto Kryczka³⁴² comenta que hoy en día, ya es un truísmo decir que el desarrollo de las tecnologías de comunicación electrónica, especialmente de Internet, ha revolucionado los métodos tradicionales para entrar en transacciones y ha creado un nuevo mercado para el comercio de bienes y servicios en todo el mundo. El uso de las tecnologías de la información permite una gama transfronteriza con la que los medios tradicionales de contratación no pueden comparar fácilmente. Se ha transformado el entorno en el que se producen las transacciones de pie y la percepción de la transacción. Por lo tanto, puede plantear cuestiones nuevas ya veces difíciles para el derecho contractual tradicional. Es sin duda una visión futurista y consiente de la necesidad y los beneficios de la uniformidad del derecho en torno a las tecnologías y la nueva forma de formar los contratos en un entorno digital que deberá ser seguro y reconocido.

La importancia de asegurar la forma de trabajar y solucionar los problemas tecnológicos que trae aparejado la contratación electrónica es de suma importancia para garantizar la seguridad de los mismos, al respecto Kryczka³⁴³ nos dice que uno de los problemas que permanecen en el centro de las consideraciones legales relativas al comercio electrónico. Es la aplicación de las tecnologías modernas en el proceso de las conclusiones de los contratos toda vez

³⁴¹ 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. Consultado el 25 de febrero 2013. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:013:0012:0020:ES:PDF>.

³⁴² Kryczka, Katarzyna, *Electronic Contracts and the Harmonization of Contract Law in Europe-Action Required, A Mission Impossible?*. European Review of Private Law. Volume 13 N°2. The Netherlands. 2005, p. 149-160.

³⁴³ Idem.

que desintegra los límites de las transacciones como estamos acostumbrados en el entorno "analógico". Impacta varios conceptos tradicionales y, en consecuencia, los criterios legales que se aplican, tales como: cómo se realizan las diversas etapas de la conclusión del contrato y cuáles son sus relevancias; cuándo el contrato comienza a tener consecuencias legales; dónde se concluye la transacción; o dónde se producen sus efectos. Con una legislación moderna y enfocada a la naturaleza tecnológica de las operaciones comerciales en entornos digitales se garantiza un funcionamiento satisfactorio para las partes y el comercio mundial.

Es importante la labor que ha realizado la UE en liderar la regulación del nuevo comercio del siglo XXI, muestra de ello menciona Kryczka³⁴⁴ es que la Unión Europea ya ha intentado hacerlo en cierta medida introduciendo, entre otras cosas, la Directiva sobre la venta a distancia, la Directiva sobre la firma electrónica, la Directiva sobre comercio electrónico y la reciente Directiva sobre servicios financieros. Las disposiciones de estas Directivas no crean, sin embargo, una solución coherente y sistemática a los contratos electrónicos, sino que sólo proporcionan una selección de reglamentaciones aplicables, como, para introducir determinados requisitos de información o el derecho a retirarse. Que deja sentado un marco jurídico mínimo, y al mismo tiempo deja los Estados miembros la libertad de desarrollar sus propias regulaciones internas; desde luego observando los principios mínimos.

Sin embargo existen otros aspectos a tomar en consideración además de la "firma electrónica" y la "firma electrónica avanzada" al respecto Kryczka³⁴⁵ observa que como mecanismos de formación de contratos, es decir, cuestiones como la invitación a tratar, la oferta, la aceptación en el entorno electrónico o la fecha y el lugar de la formación de contratos electrónicos, se han realizado ciertos esfuerzos durante la redacción de las Directivas sobre comercio electrónico. Junto a la norma general sobre la no discriminación de los contratos electrónicos (artículo

³⁴⁴ Ídem.

³⁴⁵ Ídem.

9³⁴⁶) y a determinados requisitos de información relativos a la formación de contratos (artículo 10³⁴⁷), que se incluyen más o menos en la misma forma en la versión final de la Directiva (Artículo 11³⁴⁸) que entonces se titulaba: "Momento en que se concluyó el Contrato", presentó un intento de definir y armonizar la emisión para contratos electrónicos. Si bien existen aspectos que pueden mejorarse por cuanto a la directiva, no por ello deja de ser un referente internacional por cuanto a la unificación del entorno digital y los contratos electrónicos.

Respecto a la formación de contratos electrónicos existía una propuesta para el marco jurídico mínimo y refiere Kryczka³⁴⁹ que en la versión preliminar del artículo 11 se prescribía un sistema de conclusión del contrato bastante complejo en cuatro etapas, que incluía los siguientes elementos: *“una oferta hecha por el proveedor de servicios con el uso de medios electrónicos -aceptación por parte del cliente- de la recepción de la aceptación del cliente- Confirmación por parte del cliente de la recepción del acuse de recibo. Por lo tanto, el contrato sólo se concluiría derivándose de las normas tradicionales sobre la conclusión del contrato, pero también suscitaría dudas en cuanto a la validez de las licencias de clic.”* Opción que no quedó plasmada en el texto del artículo 11 que refiere al

³⁴⁶ Artículo 9. Comité. 1. La Comisión estará asistida por el Comité de firma electrónica (denominado en lo sucesivo "el Comité"), compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión. 2. En los casos en que se haga referencia al presente apartado, se aplicará el procedimiento de gestión previsto en el artículo 4 de la Decisión 1999/468/CE observando lo dispuesto en el artículo 8 de la misma. El plazo previsto en el apartado 3 del artículo 4 de la Decisión 1999/468/CE será de tres meses. 3. El Comité aprobará su Reglamento interno.

³⁴⁷ Artículo 10. Funciones del Comité. El Comité procederá a la clarificación de los requisitos establecidos en los anexos, los criterios a que se refiere el apartado 4 del artículo 3 y las normas para los productos de firma electrónica que gocen de reconocimiento general establecidas y publicadas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 3, conforme al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 9.

³⁴⁸ Artículo 11. Notificación. 1. Los Estados miembros interesados notificarán a la Comisión y a los demás Estados miembros lo siguiente: a) información sobre los sistemas voluntarios de acreditación de ámbito nacional, incluidos cualesquiera requisitos adicionales con arreglo al apartado 7 del artículo 3; b) el nombre y dirección de los organismos nacionales competentes en materia de acreditación y supervisión, así como de los organismos a que se refiere el apartado 4 del artículo 3; y c) el nombre y dirección de todos los proveedores nacionales de servicios de certificación acreditados. 2. Toda la información facilitada en virtud del apartado 1 y cualquier modificación de su contenido serán notificadas por los Estados miembros a la mayor brevedad.

³⁴⁹ Kryczka, Op. Cit. p. 149-160.

aspecto de los certificadores y las notificaciones que los Estados realizaran la Comisión.

Por cuanto a los siguientes pasos que deberán ser armonizados por la UE para garantizar la formación de contratos electrónicos comenta Kryczka³⁵⁰ que en respuesta a la crítica planteada, la propuesta ha sido modificada y el procedimiento ha sido reducido a tres etapas. Se consideró que el contrato se había celebrado en el momento del acuse de recibo de la protección del cliente. Por último, en la falta de consenso al respecto, se ha abandonado la idea de armonización en cuanto al momento de la formación del contrato. La forma final del artículo 11 sólo introduce el deber para el proveedor de servicios de acusar recibo de la orden del consumidor e introduce una regla de recepción para su eficacia. El carácter jurídico de dicho reconocimiento y, en particular, su consecución para la formación del contrato no se determina y quedan a la discreción de los Estados miembros. Las implementaciones nacionales difieren en el asunto y la pregunta sigue sin armonizar. Es necesario trabajar sobre las cuestiones planteadas para asegurar la legislación armónica de la formación de contratos electrónicos, por cuanto a sus requisitos técnicos como a su reconocimiento en caso de existir diferencias entre las partes.

Los contratos electrónicos son la base del intercambio comercial en medios digitales, por lo cual alcanzar una legislación armónica es imperante y así Kryczka³⁵¹ refiere que a pesar de los ambiciosos objetivos de la Directiva sobre comercio electrónico, no se ha abordado la armonización de las normas que determinan la formación de contratos electrónicos. El enfoque adoptado que establece sólo un marco amplio con detalles que deben aplicarse a nivel local no proporciona el grado deseado de uniformidad. El crear un marco jurídico mínimo en la UE tendrá un gran impacto en la comunidad internacional, ya que es uno de los mercados más importantes e influyentes de la comunidad internacional, por lo que es necesario que se aborde la formación de contratos electrónicos.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ ídem.

3.7 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo de ocho de junio de dos mil, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

El comercio electrónico, incluye no solo la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para aspectos de publicidad, búsqueda de información de productos, proveedores, el propio mecanismo de negociación entre comprador y vendedor, etc. Este ha sido uno de los puntos fundamentales que aborda la Directiva sobre determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico. La Directiva regula determinados aspectos de la sociedad de los servicios de la información, el comercio electrónico se desarrolla aceleradamente, y tiene profundo impacto económico y social.

Por cuanto al ámbito de aplicación de la directiva 2000/31/CE se reconoce su competencia a la órbita europea y en el considerando 58 de la Directiva, que dice: “La presente Directiva no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un tercer país; habida cuenta de la dimensión global del comercio electrónico, conviene garantizar, no obstante, la coherencia del marco comunitario con el marco internacional. La Directiva se entenderá sin perjuicio de los resultados a que se llegue en los debates en curso sobre los aspectos jurídicos en las organizaciones internacionales (entre otras, la Organización Mundial del Comercio, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la CNUDMI).” Como advierte el legislador europeo y bien endereza el discurso sobre la base global del comercio electrónico, e incluso prospecta la construcción de una legislación global al respecto; es necesario mencionar que ningún estado de la UE ha ratificado hasta el día de hoy la e-CC. Sin embargo, llegará el momento en el que sea imperante y necesario acordar en un solo instrumento que regule el comercio electrónico de forma global, que armonice las legislaciones internas para el mejor desarrollo comercial, por el momento la directiva 2000/31/CE es un buen inicio para armonizar a la UE.

Es precisamente la preparación, protección y unidad del mercado interno de la UE el motivo de la directiva 2000/31/CE, y así lo asentaron en el considerando 59 de la misma: “Pese a la naturaleza global de las comunicaciones electrónicas, es necesario coordinar las medidas reguladoras nacionales a escala de la Unión Europea, con el fin de evitar la fragmentación del mercado interior y establecer el adecuado marco regulador europeo. Dicha coordinación deber contribuir también al establecimiento de una posición común firme en las negociaciones en los foros internacionales”. Como se observa la comunidad europea motivan la conciliación y el foro de intercambio de posturas respecto a la mejor forma de regular y proteger el marco interno, por esta razón encontraremos que, a diferencia de otros lineamientos, la UE enfoca sus esfuerzos sobre la base de un intercambio de buena fe e intercambio justo entre los Estados; así como un criterio uniforme sobre el intercambio comercial con países terceros.

Con la directiva 2000/31/CE la UE establece un marco mínimo que deberá ser integrado a la legislación interna de los Estados, al respecto Elías Azar³⁵² comenta que desde el punto de vista jurídico la armonización de las respectivas legislaciones nacionales que resultase de su incorporación de la normativa europea y contribuiría en la negociación internacional esencial para alcanzar el correcto funcionamiento del “mercado electrónico mundial”. La armonización que implementa la UE es importante y asienta un precedente global, el proceso de armonización es largo y tendrán que llevarse décadas antes de contar con una legislación uniforme en el mercado interno, tomando en cuenta los diversos sistemas jurídicos que integran la comunidad, así como las diferentes legislaciones que al interno deberán ser armonizadas y coordinadas para obtener un marco armónico en la UE.

El proceso de armonización económica y jurídica de la UE, abona al fortalecimiento y protección del mercado interno; en el que la UE sea vista por la comunidad internacional como un mercado único que obtiene unidad y seguridad jurídica a través de la regulación europea, por lo cual, si se desea hacer

³⁵² Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág.24 y 25.

intercambio comercial con la UE deberán someterse a esta legislación los Estados terceros. Elías Azar³⁵³ comenta que la Directiva se ocupa principalmente de cuestiones relacionadas con el proceso de formación y perfección del contrato; si bien en unos casos, sus previsiones se imponen a los Estados miembros, mientras que en otros, se deja libertad a los mismos para que las incorporen a sus normas nacionales. Ahora bien, es necesario tomar en cuenta que la formación de un contrato en la legislación interna es diversa en cada estado así como las normas que intervienen para regularlas son múltiples en la legislación local, por lo cual dependerá de la actividad legislativa de cada Estado, la armonización de la legislación además de que será necesaria la reforma y adecuación de cientos de legislaciones en todos los Estados miembros, recordemos que el contrato de compraventa es una de las operaciones más realizadas.

Ahora bien, por cuanto a la formación de los contratos electrónicos de conformidad a los requerimientos técnicos y tecnológicos necesarios para su formación la armonización será aún más compleja, ya que los Estados deberán adecuar su legislación para implementar mecanismos de seguridad y certeza jurídica y tecnológica que protejan la integridad de los mensajes electrónicos y en su caso, sanciones a quienes atenten contra su integridad y autenticidad. La fase precontractual se refieren los artículos 6-7, sobre “Comunicaciones comerciales” (Art. 6³⁵⁴-7³⁵⁵). Regulando la información exigida como los datos de identificación

³⁵³ *Ibide.* 25

³⁵⁴ Artículo 6. Información exigida. Además de otros requisitos en materia de información establecidos en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán que las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen un servicio de la sociedad de la información cumplan al menos las condiciones siguientes: a) las comunicaciones comerciales serán claramente identificables como tales; b) será claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones comerciales; c) las ofertas promocionales, como los descuentos, premios y regalos, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, deberán ser claramente identificables como tales, y serán fácilmente accesibles y presentadas de manera clara e inequívoca las condiciones que deban cumplirse para acceder a ellos; d) los concursos o juegos promocionales, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, serán claramente identificables como tales las condiciones de participación; serán fácilmente accesibles y se presentarán de manera clara e inequívoca.

³⁵⁵ Artículo 7. Comunicación comercial no solicitada. 1. Además de otros requisitos establecidos en el Derecho comunitario, los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico garantizarán que dicha comunicación comercial facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca

de las partes, los términos y condiciones de los servicios prestados, así como las condiciones de juegos y sorteos que faciliten su identificación y bases de funcionamiento. También regula aspectos del llamado *junk mail* o publicidad no deseada a través de correo electrónico, regulando su exclusión voluntaria.

Y bajo el enunciado “Contratos por vía electrónica”, los artículos 9³⁵⁶ a 11³⁵⁷ se ocupan el proceso de perfección del contrato electrónico”. El tratamiento de la formación de contratos electrónicos obliga a los Estados miembro a reconocerlos y darles valor jurídico siempre que cumplan con el régimen jurídico aplicable en la legislación interna; reservando la autonomía de los Estados a ciertas materias entre las que destacan la familiar y sucesiones, previa notificación a la CE de los pormenores de la reserva y porque consideran que no es adecuada su implementación.

como tal en el mismo momento de su recepción. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en las Directivas 97/7/CE y 97/66/CE, los Estados miembros deberán adoptar medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria («opt-out») en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales, y las respeten.

³⁵⁶ Artículo 9. Tratamiento de los contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán que esté permitido. 1. Permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica. 2. Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes: a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones. 3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión las categorías a que hace referencia el apartado 2 a las que no se aplicará el apartado 1. Los Estados miembros enviarán a la Comisión cada cinco años un informe sobre la aplicación del apartado 2, explicando los motivos por los que consideran necesario mantener las categorías a que hace referencia la letra b) del apartado 2, a las que no aplicará el apartado 1.

³⁵⁷ Artículo 11. Realización de un pedido. 1. Las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes: — el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica, — se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos. 2. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando así lo acuerden las partes que no son consumidores, el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos adecuados, eficaces, accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido. 3. El primer guión del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 11 no se aplicarán a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente.

Al respecto Elías Azar³⁵⁸ comenta que las exigencias del artículo 10, sólo se imponen a legisladores nacionales para los contratos celebrados con consumidores, reforzando así la impuesta en otras Directivas (Publicidad, contratos a distancia, entre otras) y en los respectivos ordenamientos nacionales, tal y como se proclama en el considerando 55: “La presente Directiva no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por consumidores; por lo tanto, la presente Directiva no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por consumidores; por lo tanto, la presente Directiva no podrá tener como efecto el privar al consumidor de la protección que le confieren las normas obligatorias relativas a las obligaciones que impone la legislación del Estado miembro que tiene su residencia habitual”. Conforme a esta idea, el artículo 10 impone a los Estados la necesidad de establecer ciertos deberes de información precontractual a favor de los consumidores.

Por cuanto a los pedidos realizados a través de los medios electrónicos refiere que deberán de garantizar que estos sean accesibles y que permitan identificar y corregir los errores en la introducción de datos, antes de realizar el pedido, excluyendo a aquellos que se realizan a través de correos electrónicos.

Por último, la Directiva impone a los Estados miembros, que no obstaculicen los arreglos extrajudiciales de las controversias (17³⁵⁹-18³⁶⁰) la Directiva plantea la

³⁵⁸ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. 27.

³⁵⁹ Artículo 17. Solución extrajudicial de litigios. 1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas. 2. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas. 3. Los Estados miembros incitarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico.

³⁶⁰ Artículo 18. Recursos judiciales. 1. Los Estados miembros velarán por que los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados. 2. En el anexo de la Directiva

posibilidad a las partes de un arreglo extrajudicial, y propone a los estados fomentar la conciliación extrajudicial de las diferencias que surjan entre las partes, además de mencionar que se buscará que dicha solución se conforme a través de las vías electrónicas. Por cuanto a los recursos judiciales, hace énfasis en la armonización de la legislación interna de los Estados para regular las controversias que surjan entre las partes, adoptando medidas rápidas para su solución y desahogo, que den solución y prevengan daños mayores.

El numeral 17 impone a los Estados miembros, la obligación de facilitar los sistemas de arreglos extrajudiciales, e incluso sugiere que este mecanismo de ser a través de vías de comunicación electrónica. El sistema extrajudicial de controversias se sitúa en la idea, de hacer posible un funcionamiento real y efectivo en la práctica nacional e internacional, pronto y expedito de conformidad con el artículo 18; con la misma inmediatez de los medios electrónicos. Solicita por virtud del artículo 19 la necesaria cooperación interestatal para que se dé trabajo en la unificación de la legislación europea de lo que se advierte que para lograr la uniformidad en la unión se requiere de reformar las legislaciones internas de todos los Estados miembro; que implica la reglamentación en todos los parlamentos de los Estados.

98/27/CE se añadirá el punto siguiente: «11. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determina dos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (“Directiva sobre el comercio electrónico”) (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1).»

3.7 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Unidroit.

Después de la Primera Guerra Mundial, a la par de la creación de la ONU surgieron diversos organismos internacionales especializados. Entre los encargados de la cooperación cultural es de destacar el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es de hacer mención que este instituto es independiente de la ONU, y tuvo su creación por una decisión el Consejo de la Liga de Naciones el 3 de octubre de 1924 a virtud de iniciativa del gobierno de Italia. Por la autoría de Vittorio Scialoja catedrático de Derecho en la Universidad de Roma así el 30 de mayo de 1928 cuatro años después de su creación abrió sus puertas con residencia en la ciudad de Roma, Italia.

Este organismo internacional intergubernamental tiene como objetivo de acuerdo al artículo primero de sus estatutos: "examinar la manera de armonizar y coordinar el derecho privado de los Estados y grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados de normas uniformes de derecho privado"³⁶¹.

A diferencia de otros organismos internacionales, el UNIDROIT se ha caracterizado por que su composición se integra por delegados de cada uno de los Estados miembros, quienes tienen derecho a voto por cuanto guarda al presupuesto, programa de trabajo y Consejo de administración del Instituto, que se integra por veinticinco consejeros electos por un periodo de cinco años y el Presidente; este órgano colegiado se encarga de formular el programa de trabajo y la estrategia para el logro de objetivos se auxilian de un secretario general en coordinación con un grupo jurídico integrado por especialistas de los diversos sistemas jurídicos del globo terráqueo.

Cincuenta y ocho son los Estados miembros de la UNIDROIT: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China,

³⁶¹ UNIDROIT. History and overview. Purpose. Consultado 06.02.18. <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>.

Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, Egipto, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Santa Sede, Hungría, India, Irán, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Malta, México, Países Bajos, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Federación de Rusia, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos de América, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia (República Federativa Socialista de).

Entre las principales actividades del UNIDROIT, se encuentran elaborar y realizar: proyectos de leyes y convenciones, con el objeto de establecer el derecho interno uniforme, propuestas de convenios con el fin de facilitar las relaciones internacionales en el ámbito del derecho privado, realizar estudios de derecho privado comparado; tener un interés en los proyectos ya realizados en cualquiera de estos campos por otras instituciones con las que puede mantener relaciones, según sea necesario, la organización de conferencias y la publicación de trabajos que el Instituto considere dignos de amplia circulación.

La actividad del Instituto se centra en dos campos principales de actividad: por un lado, la unificación legislativa como tal, consiste en la redacción de los textos de los convenios internacionales o leyes uniformes y, en segundo lugar, las actividades complementarias destinadas a la promoción del derecho uniforme. Estos últimos incluyen la publicación de la Revista de Derecho Uniforme, la publicación de la Recopilación de actividades legales de las organizaciones internacionales y otras instituciones y la creación de una base de datos sobre la legislación uniforme, un proyecto que se encuentra actualmente en su fase de preparación.

Al respecto Labariega Villanueva³⁶², comenta que el UNIDROIT dentro de su ámbito de competencia ha seguido un criterio sistemático escogiendo algunos temas-base (compra-venta, transporte, etcétera) y construyendo en torno a ellos

³⁶² Labariega Villanueva, Pedro Alfonso. El UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Revista de Derecho Privado, Año 9, Número 27. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México. 1998. Pág. 117-118.

una constelación de proyectos sobre las materias que se relacionen entre sí. En los distintos criterios relativos a aspectos diversos del comercio internacional, constantemente se menciona el Unidroit o reiteradamente aparecen inscritas sus siglas, pero se conoce muy poco de dicho instituto. Por la importancia que reviste el Unidroit bien vale la pena que conozcamos dicha institución, y la labor tan significativa que ha venido desempeñando.

3.8.1 El Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado Unidroit, los Principios UNIDROIT para la contratación internacional, y, las Cláusulas Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales y su aplicación a la CISG. La utilización de instrumentos internacionales de “soft law” en la compraventa internacional de mercaderías ¿actualización de la CISG?.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma³⁶³, Italia. Su objetivo es estudiar los medios necesarios para armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados, una legislación de derecho privado uniforme³⁶⁴. Constituido en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones, el Instituto, tras la desaparición de la Liga de las Naciones, se restableció en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral, el Estatuto de UNIDROIT³⁶⁵.

La membresía de UNIDROIT está restringida a los Estados que se adhieren al Estatuto de UNIDROIT. Los 63³⁶⁶ Estados miembros de UNIDROIT son de los cinco continentes y representan una variedad de diferentes sistemas jurídicos, económicos y políticos, así como diferentes orígenes culturales. El Instituto se financia con las contribuciones anuales de sus Estados miembros fijadas por la Asamblea General, además de una contribución anual básica del Gobierno italiano. Pueden realizarse contribuciones extrapresupuestarias para financiar proyectos o actividades concretos.

³⁶³ Artículo 3. Estatuto Orgánico del UNIDROIT, con la incorporación de la enmienda al artículo 6, párrafo 1, entrada en vigor el 26 de marzo de 1993. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT. Consultado 08.05.17. <http://www.unidroit.org/statute-spanish>.

³⁶⁴ Artículo 1. Estatuto Orgánico del UNIDROIT, con la incorporación de la enmienda al artículo 6, párrafo 1, entrada en vigor el 26 de marzo de 1993. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT. Consultado 08.05.17. <http://www.unidroit.org/statute-spanish>.

³⁶⁵ Estatuto Orgánico del UNIDROIT, con la incorporación de la enmienda al artículo 6, párrafo 1, entrada en vigor el 26 de marzo de 1993. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT. Consultado 08.05.17 <http://www.unidroit.org/statute-spanish>.

³⁶⁶ Membership of UNIDROIT is restricted to States acceding to the UNIDROIT Statute. Last Updated: 17 March 2017. México es miembro desde el 17 de Marzo de 1940. Consultado 08.05.17. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>.

Para alcanzar el objetivo de unificación del Derecho Internacional Privado, el Instituto realiza las siguientes actividades: a) prepara proyectos de leyes o convenciones con la finalidad de establecer un derecho interno uniforme; b) prepara proyectos de acuerdos tendientes a facilitar las relaciones internacionales en materia del derecho privado; c) emprende estudios de derecho comparado en materias de derecho privado; d) se interesa por las iniciativas referentes a dichos asuntos, emprendidas por otras instituciones, con las que puede, en caso necesario, mantenerse en contacto; e) organiza conferencias y publica los estudios que juzgue dignos de amplia difusión³⁶⁷.

UNIDROIT es conocido por sus importantes realizaciones e incontrastables éxitos en tratándose de la materia de derecho internacional privado, basta recordar las sobresalientes Convenciones de la Haya ó Leyes Uniformes sobre la Venta Internacional de Mercaderías (LUVI) y sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías.

Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, fueron publicados por primera vez en 1994³⁶⁸, y a la que le siguieron las ediciones de 2004³⁶⁹, 2010³⁷⁰ y la última versión es la de 2016³⁷¹ en la cual nos enfocaremos. Los Principios de UNIDROIT establecen un conjunto equilibrado de normas que abarcan prácticamente todos los temas importantes del derecho contractual general, tales como la formación, interpretación, validez, incluida la ilegalidad, el desempeño, el incumplimiento y los recursos, la rescisión, la compensación y la

³⁶⁷ Artículo 1. Estatuto Orgánico del UNIDROIT, con la incorporación de la enmienda al artículo 6, párrafo 1, entrada en vigor el 26 de marzo de 1993. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT. Consultado 08.05.17. <http://www.unidroit.org/statute-spanish>.

³⁶⁸ Principles of International Commercial Contracts 1994. International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rome 1994. Consultado 09.05.17. <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>.

³⁶⁹ Principles of International Commercial Contracts 2004. International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rome 2004. Consultado 08.05.17. <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2004>.

³⁷⁰ Principles of International Commercial Contracts 2010. International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rome 2010. Consultado 08.05.17. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

³⁷¹ Principles of International Commercial Contracts 2016. International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rome 2016. Principles of International Commercial Contracts 2010. International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rome 2010.

pluralidad de deudores y de obligados, así como la autoridad de los agentes y plazos de prescripción. Además, los Principios de UNIDROIT, son elaborados por un grupo de expertos que representan los principales sistemas jurídicos del mundo y se encuentran disponibles en los principales idiomas, están diseñados para ser utilizados en todo el globo, economías y políticas de los países en los que se vayan a aplicar.

Es importantes destacar la importancia que han adquirido con el paso del tiempo, la codificación o "re expresión" de la parte general del derecho contractual internacional, recibidos desde su primera aparición como "un paso significativo hacia la globalización del pensamiento jurídico", a lo largo de los años han sido bien recibidos no sólo por los académicos, sino también en la práctica, como lo demuestran las numerosas decisiones judiciales y las sentencias arbitrales dictadas en todo el mundo. Sin embargo, existe una clara percepción de que las potencialidades de los Principios de UNIDROIT en las prácticas de contratación y resolución de controversias transnacionales aún no se han realizado plenamente.

Al respecto Elías Azar³⁷² refiere que la autonomía de la voluntad también juega en los contratos internacionales en los que las partes hayan optado por la aplicación de un instrumento extra estatal, caso específico la elección directa o indirecta de *“los Principios se aplican cuando las partes hayan convenido incorporarlos a sus contratos o que tales contratos se rijan por ellos”*; o con los realizados por el Unidroit para los contratos comerciales (1994), en cuyo preámbulo determina que *se aplicarán cuando las partes hayan acordado que su contrato se regula por ellos*.

Esto se debe en gran medida al hecho de que los Principios de UNIDROIT aún no son suficientemente conocidos entre las comunidades empresariales y jurídicas internacionales, por lo que queda mucho por hacer para llamar la atención de todos sus potenciales usuarios en todo el mundo. Otra característica de este instrumento es que pertenece a lo que el derecho internacional define como *“soft law”*, por tanto, instrumentos cuasi-legales que por sí mismos no tienen ningún

³⁷² Elías Azar, Edgar. Op. Cit. 176.

carácter vinculante entre la comunidad internacional, porque carecen de un rango normativo al ser creadas por un ente no legislativo. Por lo cual son recomendaciones, declaraciones, principios, códigos de conducta, etc.;

A diferencia de los instrumentos vinculantes, como la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) de 1980, se aplica siempre que el contrato en cuestión entre en su ámbito de aplicación y que las partes no se hayan excluido su aplicación, en cambio los Principios de UNIDROIT, al ser un instrumento de "*soft law*", ofrecen una mayor gama de posibilidades de las que las partes no siempre son plenamente conscientes.

Por cuanto a la característica no vinculante, es decir "*soft law*" de los instrumentos Unidroit, Veneziano³⁷³ comenta que el desarrollo de un instrumento de "ley blanda" plantea la cuestión más general de cómo asegurar que se alcanza algún nivel de efectividad y que sus objetivos se alcancen en la práctica. Esto está, por supuesto, relacionado con los propósitos de las normas armonizadas y con la identificación del usuario potencial de la ley no vinculante. En términos generales, un primer paso importante que han de dar los redactores de este tipo de instrumentos se refiere a integrar de una manera u otra desde el principio o, al menos, desde el principio, durante los trabajos preparatorios a todas las partes interesadas.

Los efectos de la globalización han resaltado la necesidad de tener instrumentos jurídicos uniformes, sin embargo, por contradictorio que lo parezca existe una gran resistencia por parte de los Estados a obligarse en instrumentos de "*hard law*" "derecho duro" que sean exigibles y que ante la inobservancia se les sancione. Por ellos UNIDROIT es una vía de estudio y desarrollo de instrumentos que no son vinculantes y que se ponen a disposición de la comunidad internacional, tanto para Estados miembros como para particulares que deseen incluirlos en la formación de sus contratos, por tanto, son mundialmente reconocidos y aceptados

³⁷³ Veneziano, Anna, *Beyond CISG: Agricultural Productions Under Contract, 35 years CISG and Beyond*. International Commerce and Arbitration, Vol. 19. Editorial Eleven International Publishing. The Hage, Nederlanden. 2016 Pag. 348.

al tener las partes contratantes la opción de establecerlos en su totalidad o en las cláusulas que lo consideren conveniente. Sin embargo, esto no garantiza que en todos los Estados miembros se alcance una verdadera uniformidad en caso de que surjan controversias entre las partes.

Así, Labarriega Villanueva³⁷⁴ comenta que el UNIDROIT constituye el complemento natural del díptico iniciado con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. A quién compete unificar el conflicto de leyes, es decir, el derecho internacional privado clásico. Y al UNIDROIT uniformar las reglas materiales del derecho internacional privado. Las actividades del instituto se encaminan –de manera muy natural- hacia las cuestiones de derecho comercial, las cuales se prestan mejor a la creación de normas materiales. Se trata pues, de una de las organizaciones permanentes que preparan textos legislativos cuyo contenido son reglas uniformes de derecho material, que posteriormente conformarán convenciones de derecho uniforme.

Es de destacar la longevidad del instituto que incluso precede a la Liga de las Naciones y a la Organización de las Naciones Unidas, en su larga vida, también los éxitos han sido constantes y como bien menciona el autor es en cierta forma la antesala de las grandes convenciones en materia de derecho mercantil. Por ello es importante conocer la forma que han adaptado y creado instrumentos para lograr el objetivo de unificar el derecho, y cobra mayor importancia en la actualidad porque los estados miembros prefieren el uso de instrumentos no vinculantes, sin embargo, la necesidad de un derecho uniforme vinculante sigue siendo vital para el buen desarrollo del comercio mundial.

Los integrantes del UNIDROIT son destacados juristas elegidos por los Estados miembros, que proviene de las diferentes familias jurídicas, elaboran documentos sumamente modernos que se adaptan a las necesidades y realidades jurídicas de los países de los cinco continentes. El instituto se preocupa por actualizar y

³⁷⁴ Labarriega, Villanueva. Pedro Alfonso. *Los Principios UNIDROIT: un código internacional de los contratos mercantiles*. Revista de Derecho Privado. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. MacGraw-Hill. Año 9. Núm. 25. Enero-Abril. México. 1998. p. 43.

modernizar los instrumentos ante los cambios en legislaciones y cambios tecnológicos que surjan. De acuerdo con el preámbulo, los principios UNIDROIT establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y son de aplicación cuando: “las partes del contrato hayan decidido que el mismo se rija por estos principios (respetando la autonomía de la voluntad)”.

También serán de aplicación cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes”. Cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato, pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos de derecho uniforme, para interpretar o complementar el derecho nacional ó como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Las tecnologías de la información juegan un papel tan importante en la sociedad informacional, que incluso recientemente UNIDROIT, *Food And Agriculture Organization of the United Nations* (FAO) y *International Fund for Agricultural Development* (IFAD) incluyeron a las tecnologías de la información en la consulta pública abierta realizada a través de internet del 24 de Septiembre al 31 de Octubre de 2014, a través de la plataforma “*Zero Draft of the Legal Guide*” que se insertó en la página *web* de UNIDROIT; para dar voz a todos los interesados y enriquecer la preparación de la Guía Jurídica UNIDROIT/FAO/IFAD sobre la Agricultura por Contrato³⁷⁵, con lo que queda manifiesto la trascendencia que tienen las TI y las TIC’s ahora en la formación de instrumentos internacionales para la unificación del derecho privado.

Al respecto Veneziano³⁷⁶ comenta que el grupo de trabajo se reunió durante cuatro períodos de sesiones, el último de los cuales, se celebró en noviembre de 2014 y a este le precedió una ronda de consultas en Internet que se dirigieron a diversas partes interesadas, incluidos los gobiernos, que discutieron un primer

³⁷⁵ Guía Legal UNIDROIT/FAO/IFAD para la Agricultura por Contrato. International Institute for the Unification of the Private Law (UNIDROIT), Food and Agriculture of the United Nations (FAO) International Fund for Agricultural Development (IFAD). Roma, 2015. Consulta 09.05.17. <http://www.fao.org/3/a-i4756e.pdf>.

³⁷⁶ Veneziano, Anna, Op. Cit. p. 342.

borrador completo de la Guía Legal. Además de las reuniones del Grupo de Trabajo y de la consulta de Internet, se realizaron varios talleres regionales en áreas clave del mundo (América del Sur, en cooperación con las Organizaciones Mundiales de Agricultores, Sudeste y África, con el apoyo de una beca del IFAID), Así como en Roma (este último centrándose en particular en el sector privado), con el fin de recabar comentarios y aportaciones de las partes interesadas que representan intereses diversificados.

UNIDROIT hizo por primera vez en 2014 una consulta pública en Internet para conocer las necesidades y aportaciones de todas las personas interesadas, es la primera vez que un organismo internacional de gran prestigio implementa las TI y TIC's en la formación de instrumentos internacionales de Derecho Privado. Sin embargo, no será la última ocasión, el instituto implementará esta modalidad de consulta para la formación de futuros instrumentos y consultas públicas, así que queda de manifiesto que el uso de estas tecnologías será cada vez más importante incluso en la formación de instrumentos legislativos.

No obstante, existe una clara percepción de que las potencialidades de los Principios de UNIDROIT en los contratos transnacionales y en la práctica de resolución de conflictos aún no se han realizado plenamente. Esto se debe en gran parte al hecho de que los Principios de UNIDROIT aún no son suficientemente conocidos entre las comunidades empresariales y jurídicas internacionales. A diferencia de los instrumentos vinculantes, como por ejemplo el Convenio de las Naciones Unidas de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), aplicable siempre que el contrato en cuestión entre en su ámbito de aplicación y las partes no han excluido su aplicación. Los Principios de UNIDROIT, al ser un instrumento de "ley blanda", ofrecen una mayor gama de posibilidades de las que las partes no siempre son plenamente conscientes. Por esta razón UNIDROIT preparó Cláusulas Modelo que las Partes que deseen insertarlas en sus operaciones, para indicar con mayor precisión de qué manera desean que se utilicen los Principios de UNIDROIT durante la ejecución del contrato o cuando surja un conflicto.

Así Las Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales mundialmente conocidos por su siglas UPICC publicadas por primera vez en 1994³⁷⁷ que fuera sustituida por la segunda edición de 2004³⁷⁸ y la tercera y última versión de 2010³⁷⁹. Las cláusulas modelo se basan principalmente en el uso de los Principios de UNIDROIT en la práctica de contratos y resolución de controversias transnacionales, es decir, reflejan las diferentes formas en que los Principios de UNIDROIT son referidos por las partes o aplicados por jueces y árbitros. Las Cláusulas Modelo se dividen en cuatro categorías principales, según que su propósito de su inclusión: 1) Reglas de derecho que rigen el contrato, 2) Términos del contrato, 3) Interpretar y complementar la CISG cuando ésta sea elegida por las partes, y 4) Para interpretar y complementar el derecho interno aplicable, incluido cualquier instrumento de derecho internacional uniforme incorporado a esa ley.

Por cuanto a la aplicación de Las Cláusulas Modelo con la finalidad de interpretar la CISG cuando ésta es elegida por las partes, el uso de los Principios de UNIDROIT como medio para interpretar y complementar los instrumentos jurídicos uniformes es particularmente relevante con respecto a la CISG. Sin perjuicio de los distintos ámbitos de aplicación de los dos instrumentos -contratos comerciales internacionales en general en el caso de los contratos de venta internacionales en el caso de los segundos- los instrumentos abordan muchas de las mismas cuestiones relativas a la formación, interpretación, Incumplimiento y remedios. Dado que las disposiciones contenidas en los Principios de UNIDROIT son más amplias y en general más detalladas, en muchos casos pueden proporcionar una solución a las ambigüedades o lagunas en la CISG; es necesario preciar que únicamente podrá ser aplicable en los casos en que expresamente las partes lo soliciten, toda vez que los principios UNIDROIT forman parte del “*soft law*”.

³⁷⁷ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 1994. International Institute for the Unification of Private Law UNIDROIT. Roma 1994.

³⁷⁸ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004. International Institute for the Unification of Private Law UNIDROIT. Roma 2004. Consultado 15.03.17. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>.

³⁷⁹ Model Clauses for the use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome 2013. Consultado 15.03.17. <http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>.

El artículo 7³⁸⁰ de la CISG señala que la: "interpretación de la presente Convención tiene en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación" y que "Las cuestiones relativas a las materias regidas por el presente Convenio que no estén expresamente resueltas en el mismo deberán ser resueltas de conformidad con los principios generales en que se basa y, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado".

Por lo tanto, si el contrato se rige por la CISG, y las partes desean que en caso de ser necesario la CISG sea interpretada y complementada por los Principios de UNIDROIT, deberán estipularlo expresamente en su contrato o en un acuerdo separado. Sin embargo, las partes deben ser conscientes de los efectos que recaen al contrato, al elegir referirse a los Principios de UNIDROIT como un medio de interpretar y complementar la CISG, toda vez que difieren considerablemente de la CISG).

Ahora bien, ¿en qué hipótesis podrían resultar aplicables los Principios UNIDROIT al interpretar y/o complementar la CISG?, Kronke³⁸¹ comenta que la exclusión de determinadas categorías de bienes en el artículo 2 de la CISG, además de las exclusiones del ámbito de aplicación del Convenio de cuestiones importantes, como la validez, las áreas problemáticas que no se mencionaron, tales como la celebración de contratos a través de un agente autorizado, términos estándar, y los efectos que surgen de la intervención estatal en las diversas etapas del ciclo de vida de un contrato. Además, existe la famosa disposición del apartado 2 del artículo 7. La mayoría estaría de acuerdo, en que hay lagunas "abiertas" y deliberadas en la CISG, para el asombro por parte de algunos comentaristas profesionales, la falta de claridad o compromisos revelados o no divulgados, como se generan regularmente en negociaciones intergubernamentales complejas.

³⁸⁰ Artículo 7. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

³⁸¹ Kronke, Herbert. The UN Sale Convention, The UNIDROIT Contract Principles and The Way Beyond. Journal of Law and Commerce. Vol.25. UNCITRAL Viena. 2016. p. 453. Consultado 16.05.17. <https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Kronke.pdf>.

Ahora bien para que ante la CISG pueda ser interpretada conforme a los Principios UNIDROIT, en ausencia de disposición expresa, las partes deberán insertar en el contrato en un documento a parte la Cláusula Modelo del UPICC que dice: "Este contrato se regirá por la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) interpretada y complementada por los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2010)"³⁸².

Kamp³⁸³ refiere que en varios casos, las organizaciones internacionales, tanto intergubernamentales como representativas del sector privado, han recomendado el uso de los Principios de Contrato de UNIDROIT o se han referido a ellos en sus propios contratos negociados con proveedores de bienes o servicios. No es sorprendente que algunos recomienden el uso combinado de la CISG y la UPICC. Así, el Artículo 14 del Modelo de Contrato para la Venta Comercial Internacional de Mercancías Perecederas emitido por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC (ITC) de 19994 contiene una cláusula combinada de elección de instrumentos.

Por su parte en el UPICC³⁸⁴ menciona respecto a la inclusión de la cláusula modelo, que puede ser utilizada cuando las partes escogen la CISG para gobernar su contrato, aun cuando los requisitos objetivos para la aplicación de la CISG no se cumplan y desean que la CISG sea interpretada y complementada por los Principios de UNIDROIT. En cuanto a la función de los Principios de UNIDROIT como medio de interpretar y complementar la CISG donde la CISG se aplica como parte integral del derecho interno que rige el contrato.

³⁸² Model Clauses for the use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome 2013. Pág.17. Consultado 16.05.17. <http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>.

³⁸³ Kronke, Herbert. The UN Sale Convention, The UNIDROIT Contract Principles and The Way Beyond. Journal of Law and Commerce. Vol.25. UNCITRAL Viena. Pág. 453. Consultado 16.05.17. <https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Kronke.pdf>.

³⁸⁴ Model Clauses for the use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome 2013. Pág.17. Consultado 16.05.17. <http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>.

Ahora bien, es importante resaltar que la CISG es fuente de inspiración del UPICC, por lo que su estructura jurídica –en general- es una continuación del marco mínimo legal que estableció la CISG en su momento. Kronke³⁸⁵ refiere que, las soluciones elegidas por los redactores de la UPICC, por regla general y con pocas excepciones, siguen el ejemplo de la CISG. Cuando la CISG se ocupa de una cuestión y la solución ofrecida por la Convención no se considera un compromiso viciado o una regla obsoleta o de alguna otra manera desprovista de normas, la UPICC no busca la originalidad por sí misma.

Por el contrario también existen diferencias entre al CISG y la UPICC, Kronke³⁸⁶ refiere que la desviación más espectacular entre la CISG es sin duda el enunciado de un deber general y general de las partes en un contrato de actuar de buena fe desde la fase precontractual y durante todo el ciclo de vida del contrato. A diferencia de la CCIM débilmente refleja en el artículo 7 algunas de las mayores ambiciones de sus redactores a este respecto. Sin embargo, en 1980 el terreno no había sido preparado como se hizo posteriormente a través de la jurisprudencia en Inglaterra, Australia y otras jurisdicciones de derecho consuetudinario, así como la revisión de la UCC en los Estados Unidos. Otro ejemplo es la opción inequívoca de la UPICC para el remedio de desempeño específico. Por el contrario, el artículo 28 de la CCIM es la expresión de un intento de "descartar" con esmero los desacuerdos fundamentales a este respecto.

Al decidir cuál de las cuatro categorías de cláusulas modelo van a elegir, las partes deben ser conscientes de las ventajas y desventajas de cada una de ellas. En cada Cláusula Modelo se proponen dos versiones, una para su inclusión en el contrato ("uso previo a la disputa") y otra para uso después de que se haya surgido una disputa ("uso posterior a la disputa"). Las cláusulas modelo fueron redactadas de manera concisa *ex profeso*, dejando la libertad a las partes para hacer comentarios o posibles modificaciones para adaptarse a las distintas operaciones.

³⁸⁵ Kronke, Op. Cit. Pág. 453. Consultado 16.05.17.
<https://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Kronke.pdf>.

³⁸⁶ Ibidem. p. 456.

Respecto al uso que pueden o deben tener las Clausulas Modelo Veneziano³⁸⁷ comenta las partes se refieren a los Principios de UNIDROIT sin especificar la edición, se debe presumir que la referencia es a la edición actual. De igual forma las Partes deben ser conscientes de que el propósito de las Cláusulas Modelo es simplemente permitirles indicar con mayor precisión cómo desean que utilizar los Principios de UNIDROIT durante la ejecución del contrato o cuando surja una disputa. Por lo tanto, incluso cuando las partes deciden no utilizar estas cláusulas modelo, los jueces y árbitros pueden aplicar los Principios de UNIDROIT de acuerdo con las circunstancias del caso.

El preámbulo del UPICC, nos dice que los Principios establecen reglas generales para los contratos comerciales internacionales. Se aplicarán cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellas. Pueden aplicarse cuando las partes han acordado que su contrato se rija por "principios generales de derecho", "lex mercatoria" o similares. Pueden proporcionar una solución a una cuestión planteada cuando resulte imposible establecer la norma pertinente de la ley aplicable. Pueden utilizarse para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Pueden servir de modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Estrella Faria³⁸⁸ comenta que el ámbito material de aplicación de la CISG se limita a ciertos tipos de contratos de venta internacionales. Y afirma que el éxito de los instrumentos internacionales vinculantes que se ocupan de los contratos específicos ha sido más bien modesto. La razón puede deberse a problemas intrínsecos al instrumento, y en algunos de ellos al tema de la convención que puede ser que no tengan ninguna posibilidad de entrar en vigor. Por el contrario, no se puede excluir que en uno u otro caso el instrumento no esté siendo descuidado y que sólo el proceso de adhesión sea lento. Sea como fuere, existe un fuerte argumento para sospechar que la demanda real de ley uniforme o las dificultades parciales resultantes de su ausencia pueden haber sido demasiado

³⁸⁷ Veneziano, Anna. Op. Cit. p.137-151.

³⁸⁸ Estrella Faria, José Angelo. Op. Cit. p. 363.

estimadas en el momento en que UNCITRAL e UNIDROIT decidieron trabajar sobre esos instrumentos.

Esta puede ser una de las razones por las que algunos doctrinarios creen que el futuro de la armonización del derecho contractual consistirá en algún tipo de interacción entre la ley obligatoria de convenciones internacionales o las directivas ordenanzas vigentes y el nuevo fenómeno de los Principios de Derecho en la otra mano. Las razones de esta situación pueden aquí y allá relacionarse con problemas intrínsecos del uno u otro instrumento, y algunos de ellos pueden no tener ninguna posibilidad plausible de entrar incluso en vigor. Por el contrario, no se puede excluir que en uno u otro caso el instrumento no esté siendo descuidado y que sólo el proceso de adhesión sea lento.

La interacción entre la CISG, como "hard law", y los instrumentos de "soft law" ampliamente utilizados, como los INCOTERMS, y la UPICC, es un buen ejemplo de cómo esta complementariedad funciona en la práctica, permitiendo Una "espiral positiva" de aumento del comercio y una mayor armonización jurídica.

3.9 The Principles of European Contract Law PECL.

Al igual que los UPICC (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), los PECL (*Principles of European Contract Law*) los Principios Europeos de la Ley de Contratos en español (en lo sucesivo PECL) son instrumentos de “*soft law*” derecho suave. Así lo estable sus directrices generales, están destinados a ser aplicados como reglas generales de derecho contractual en la UE.

Se aplicarán cuando las partes hayan: acordado incorporarlos a su contrato o que su contrato se rija por ellos, cuando las partes acordaron que su contrato se regirá por "principios generales de derecho", "Lex mercatoria" o similar; o no hayan elegido ningún sistema o reglas de derecho para gobernar su contrato. Además, los Principios pueden proporcionar una solución a problemas cuando el sistema o las reglas de la ley aplicable no lo hagan.

Kryczka³⁸⁹ comenta que los PECL lanzados por la Comisión, un cuerpo de abogados académicos de los Estados miembros de la UE bajo la presidencia del profesor Ole Lando. La Comisión hizo su trabajo a principios de los años ochenta con el objetivo de desarrollar un conjunto de disposiciones que pudieran aplicarse como normas uniformes de derecho contractual en Europa. Su trabajo dio lugar a la creación de un instrumento de derecho no formal que ofrece un sistema cuidadosamente elaborado de Basadas en un extenso trabajo comparativo. Las disposiciones de PECL se derivan de diferentes sistemas jurídicos combinados en lo que los redactores consideraron ser las soluciones más apropiadas y a veces se han propuesto nuevas reglas innovadoras.

Es de destacar la importancia de la uniformidad en el sistema jurídico, para lograr una efectiva y eficaz UE, la necesidad de dar uniformidad en la aplicación de las normas comerciales es la base de una verdadera unidad económica. Para lo cual

³⁸⁹ Kryczka, Katarzyna, Op.Cit., Pág. 149-160.

se crean lo PECL. Los Principios establecen la libertad contractual de las partes al determinar su contenido, siempre que se sujeten a los requisitos de buena fe y trato justo, y las reglas obligatorias establecidas por los Principios. Las partes pueden excluir la aplicación de cualquiera de los Principios o derogar o modificar sus efectos, a menos que se disponga lo contrario los Principios.

Respecto a la forma de interpretación y desarrollo de los Principios comenta Kryczka³⁹⁰ que el PECL contiene normas detalladas sobre su interpretación y desarrollo. Por consiguiente, (de conformidad con el artículo 1:106 (1) PECL) deben interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus propuestas. Con especial atención a la promoción de la buena fe y el trato justo, la certeza en las relaciones contractuales y la aplicación de la uniformidad.

A diferencia del derecho americano, para la UE es un punto muy importante y sensible que los PECL garanticen que el intercambio comercial se de en un marco de buena fe y trato justo, a punto con el propósito de crear una comunidad, sería contrario a su naturaleza que no se estableciera un mecanismo jurídico para asegurar un intercambio justo entre los Estados parte. Es muy importante que la buena fe y el trato justo se privilegie en todo intercambio comercial, ya que la globalización trae aparejado el daño colateral del intercambio desigual, y es relevante que en uno de los mercados comerciales más importantes del Mundo como es la UE se respeten los principios base del comercio global.

Para dar uniformidad en la aplicación de los PECL en el territorio de la UE, se establece el principio de flexibilidad respecto a las TI, Kryczka³⁹¹ comenta que el énfasis de los redactores en este enfoque flexible sugiere que el PECL también puede ser aplicable a un fenómeno tan nuevo como la contratación con el uso de tecnologías de la información. Esto se ve reforzado por el hecho (muy obvio para el derecho contractual contemporáneo) de que las PECL se basan en la libertad contractual (principalmente limitadas por la buena fe y el trato justo, así como ciertas normas obligatorias), de modo que nada dentro de ellas impedirá a las

³⁹⁰ Ídem.

³⁹¹ Ídem.

partes concluir su Contratos por medio de su elección, incluida la comunicación electrónica. Además, el PECL incluye incluso algunas consideraciones expresas sobre comunicaciones electrónicas, p. En las definiciones de un aviso o escritura. En general, no cabe duda de que, en virtud de la PECL, los contratos electrónicos deberían tener, en principio, los mismos efectos jurídicos que los contratos celebrados por medios tradicionales.

Como se observa los PECL establecen la libertad de las partes al momento de contratar que aunado al principio de flexibilidad, consideran que es la libertad contractual de las partes la formación del contrato a través de las tecnologías de la información, ciertamente en contraste a la CCIM, los PECL fueron creados cuando esta tecnología ya se tenía disponible, por lo cual se tuvo la posibilidad de incluir el principio de flexibilidad en la legislación europea.

Una legislación moderna y actualizada a los negocios del siglo XXI provee a la UE de un mercado seguro, una legislación uniforme y basada en la buena fe y trato justo Kryczka³⁹² comenta que entre los propósitos declarados de la PECL es proporcionar un fundamento legal para las medidas adoptadas por las organizaciones de la Unión Europea en el derecho contractual, así como servir de modelo para la armonización futura. El PECL se discute a menudo como base para esta parte del (potencial) Código Civil Europeo que se ocuparía de las normas generales del Derecho contractual. Por lo tanto, las consideraciones sobre la armonización de la normativa relativa a los contratos electrónicos, que se basan en la suposición de que la dualidad de los regímenes de formación debe evitarse, también deben tener en cuenta las disposiciones de PECL.

No obstante la existencia de un marco jurídico mínimo establecido en la UE, subsisten las diferencias entre las familias jurídicas y las legislaciones internas de los Estados miembro al respecto Kryczka³⁹³ refiere que los PECL han observado que, aun cuando las reglas de oferta y aceptación no siempre pueden aplicarse en su totalidad a tales modelos alternativos de contratación, hay casos en los que es

³⁹² Kryczka, Op. Cit. Pág. 149-160.

³⁹³ Ídem.

posible hacerlo. Ejemplos de tales reglas incluyen disposiciones sobre lo siguiente: aceptación, no aceptación por silencio, rechazo, aceptación modificada. En tales casos, las disposiciones del PECL deben aplicarse con las adaptaciones apropiadas (Artículo 2: 211).

El choque entre las bases de contratación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros sigue siendo un desafío por resolver, por lo cual se deja la libertad de jurisdicción respecto a *“the battle of the form”* la “batalla de las formas”; no obstante, hay que reconocer el esfuerzo de los legisladores de la UE, de proveer a este importante mercado de una legislación moderna y adecuada a la formación de contratos del siglo XXI. Sin embargo, de igual forma que sucede con los UPICC los PECL no resultan aplicables a la CISG, a menos que las partes se obliguen a respetarlos dentro de los contratos que suscriban, no obstante que los Estados miembros sean parte de la CISG y la PECL, no resultan vinculantes ni forman parte de los mismo a menos que se establezca el acuerdo entre las partes, y tienen la posibilidad de aplicar alguno o todos los principios si así lo desean, desde luego respetando la buena fe y el trato justo.

3.10 Conclusiones

El comercio cambió los contratos celebrados en papel entre personas presentes al estilo del siglo XIX quedaron atrás, el nuevo y moderno siglo XXI es la era tecnológica acompañada del nuevo modelo globalizante hizo necesaria la construcción de un nuevo mercado digital que realiza operaciones a velocidades nunca antes vistas con el auxilio de tecnologías de punta. Así los nuevos instrumentos desarrollados en el contexto global tomaron principalmente dos caminos el derecho duro o hard law y el derecho suave o soft law.

El más representativo del hard law es la e-CC de CNUDMI que regula los mensajes electrónicos y la contratación electrónica, sin embargo, al momento sólo ha sido ratificada por 9 Estados, que no son potencia mundial ni representan los principales mercados del Mundo. Otros instrumentos de hard law, que tienen un impacto regional son las Directivas de la Unión Europea 1999/93/CE y 2000/31/CE para regular y establecer un marco jurídico mínimo en torno a la necesidad de regular y reconocer la formación de contratos a través de las TI y TIC's, de forma uniforme modernizando el comercio en el viejo continente. Así como los PECL que resultan aplicables en el mercado europeo y tienen como objetivo asegurar la buena fe y el trato justo al comercio del siglo XXI, sin embargo, deja a la voluntad de las contratantes el incluir en su totalidad o no los Principios con lo cual se pierde la uniformidad y la fuerza vinculante.

Por su parte CNUDMI ha creado los instrumentos de soft law para regular el fenómeno tecnológico MLEC y la MLES que si bien han influido en una importante cantidad de legislaciones establecen un marco mínimo para el desarrollo del comercio electrónico, no resultan vinculantes a menos de que las partes se obliguen en el contrato a respetarla, y tienen la opción de obligarse por cuanto a cláusulas específicas y no a la totalidad de las mismas; por lo cual se pierde el objetivo de la unificación del derecho privado. De igual forma los UPICC de Unidroit son instrumentos que se ponen a disposición de la comunidad internacional para que se apliquen a los contratos mercantiles internacionales,

siempre que las partes así lo acuerden. Por tanto, los instrumentos de soft law no son vinculantes y si bien pueden llegar a ser aplicados en las contrataciones internacionales, su aplicación se sujeta a la voluntad de las partes.

Ahora bien, todos los instrumentos internacionales creados para regular el fenómeno tecnológico posteriores a la CCIM carecen de obligatoriedad y fuerza vinculante en la compraventa internacional de mercaderías, por lo que es necesario incluir las nuevas teorías jurídicas para adecuar la convención al comercio electrónico del siglo XXI, en la era informacional. La teoría del contrato clásica basada en contratos en papel con firmas autógrafas entre personas presentes, se sustituye por los mensajes electrónicos, las firmas electrónicas y los contratos electrónicos entre personas ausentes que muy probablemente nunca se lleguen a conocer. Sin embargo, la seguridad jurídica y la obligatoriedad de la CCIM, deben continuar en el siglo XXI para que el derecho alcance la uniformidad en la comunidad internacional y se protejan los principios de buena fe y el intercambio justo entre las contratantes.

CAPITULO CUARTO

4. SIGLO XXI EL MUNDO DIGITAL LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, CONTRATOS Y SU REGULACIÓN EN LA GLOBALIDAD.

4.1. Estados Unidos de Norte América y el Uniforme Commercial Code (UCC), 4.2. España y El Real Decreto-Ley 34/2002, de 11 de Julio, Servicios de la Sociedad de La Información y del Comercio Electrónico, 4.2.1 España y La Ley 59/2003, de 19 de diciembre de Firma Electrónica, 4.3. Diversas Legislaciones en el Mundo de que regulan el contrato electrónico. 4. 4. Conclusiones.

4. SIGLO XXI EL MUNDO DIGITAL LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, CONTRATOS Y SU REGULACIÓN EN LA GLOBALIDAD.

El fenómeno globalizante obliga al derecho internacional privado como eje rector del comercio mundial a inspirar a la comunidad internacional hacia la uniformidad, si bien es sabido, que un margen jurídico universal es casi utópico. No resultan utópicos los esfuerzos de la comunidad internacional en buscar un acercamiento y el encuentro en un marco jurídico mínimo. La era digital aporta a la sociedad de la información y los contratos electrónicos, un vehículo hecho a medida para la globalización; coincidiendo en el vertiginoso ritmo de operaciones, la instantaneidad y la desmaterialización del contrato que hace posible celebrar múltiples contratos entre personas ausentes, un mecanismo idóneo para las operaciones internacionales. Los precursores de la legislación del mundo digital es Estados Unidos país en el que se creó el Internet, la Unión Europea y UNCITRAL que en conjunto con Japón iniciaron los esfuerzos internacionales para el reconocimiento y reglamentación de la era digital.

Elías Azar³⁹⁴ comenta que la formación y curso del ordenamiento jurídico del comercio electrónico evidencia la influencia de Estados Unidos y la Unión Europea a través de su impulso por parte de la Organización internacional para la unificación del Derecho Mercantil UNCITRAL. Las iniciativas de empresariales y gubernamentales de Estado Unidos y Japón, preponderantemente empresas estadounidenses imponen un apostura americana más estricta en relación a la intervención del sector público en la contratación privada (como mero vehículo de reconocimiento de las libertades contractuales y con casi total ausencia en el contenido de los contratos), el legislador europeo ha optado por una postura favorable a la defensa del principio de igualdad de las partes y como medio para frenar los peligros y riesgos de abuso que, la total autorregulación por parte de los empresarios y profesionales, ha significado en las relaciones económicas con

³⁹⁴ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. 59.

quien ve restringida su autonomía a la mera aceptación o rechazo de un clausulado de contrato dispuesto por la parte más fuerte de la relación contractual.

Así tenemos dos posturas ante el comercio electrónico la primera de ellas la impuesta por la primera potencia mundial Estados Unidos, que siguiendo su estrategia económica globalizante de *laissez-faire* pretende lograr los objetivos de la estrategia neoliberalista bajo la que rige su economía, a costa de la falta de equidad y equilibrio del comercio mundial. En contraparte encontramos la postura de la Unión Europea que basa el ordenamiento jurídico en apoyo a la igualdad de las partes para frenar los peligros y riesgos de abuso de los dueños del capital. La postura de Estados Unidos crea zonas económicas sobre explotadas en las que no existe sustentabilidad en el comercio y desbordan los recursos naturales y económicos de regiones enteras.

El equilibrio en el intercambio comercial es necesario para que las economías de la comunidad internacional alcancen un desarrollo homogéneo y sustentable, los esfuerzos legislativos internacionales de CNUDMI, debe alinearse con los objetivos de desarrollo sostenible planteados por la ONU³⁹⁵ en especial el de promover sociedades justas, pacíficas y inclusivas; (d)“el estado de derecho y el desarrollo tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente. Por ese motivo, este objetivo se centra en la promoción de un acceso universal a la justicia y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles. Para ello, es necesario acabar con la corrupción existente en el poder judicial y en la Policía de muchos países”. Los instrumentos internacionales deben dar seguimiento a los objetivos mundiales, si bien nos encontramos en una fase de economía libre y abierta, es no restringe la obligación del sistema jurídico de ser un factor de equilibrio entre las partes que beneficie el comercio mundial.

³⁹⁵ Organización de las Naciones Unidas. Objetivos de Desarrollo Sustentable. 17 objetivos para transformar el Mundo. Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

4.1 Estados Unidos De Norte América y El UCC Uniforme Commercial Code.

The Uniforme Commercial Code (UCC Código Uniforme de Comercio en español) cuya primera edición data de mil novecientos cincuenta y dos, esfuerzos de ley promulgada con la intención de unificar y armonizar la legislación de las ventas y otras transacciones comerciales en cincuenta estados dentro de los Estados Unidos de América.

El objetivo de este Código Federal es la armonización en el territorio federal ya que es importante y recurrente que las transacciones comerciales que se extiendan más allá de un Estado de la unión americana. Ejemplo de ello son mercancías que pueden ser fabricados en el Estado A, almacenadas en el Estado B, que se vende del Estado C y entregado en el estado D.

El UCC tiene como objetivo la uniformidad sustancial en las leyes comerciales y, sin embargo, también permite a los estados la flexibilidad de adaptarse a las problemáticas locales, modificando el texto del UCC y ratificándose en cada estado. El UCC se ocupa fundamentalmente de las transacciones que involucran bienes muebles (bienes muebles), no bienes raíces (bienes inmuebles).

Otros objetivos del UCC son la modernización del Derecho contractual y permitir excepciones a la ley común en los contratos entre comerciantes. Por cuanto al reconocimiento jurídico de los contratos electrónicos, archivos y firmas, dice lo siguiente:

“2-211. Legal Recognition of Electronic Contracts, Records, and Signatures (1) A record or signature may not be denied legal effect or enforceability solely because it is in electronic form. (2) A contract may not be denied legal effect or enforceability solely because an electronic record was used in its formation. (3) This article does not require a record or signature to be created, generated, sent, communicated, received, stored, or otherwise processed by electronic means or in electronic form. (4) A contract formed by the interaction of an individual and an electronic agent under Section 2-204(4)(b) does not include terms provided by the

*individual if the individual had reason to know that the agent could not react to the terms as provided.*³⁹⁶

De lo que se observa que el UCC reconoce la ejecutabilidad y valor jurídico de los contratos electrónicos, documentos electrónicos y firmas electrónicas. Reconoce también el principio de equivalencia funcional y menciona que a dichos instrumentos no se les podrá negar su valor jurídico únicamente por encontrarse en formato electrónico. Bajo el principio de la libertad de las partes, respeta el formato que las partes deseen adoptar para la formación de contratos y las comunicaciones utilizadas en la formación de los contratos.

Por cuanto al aspecto de seguridad e integridad de los mensajes electrónicos al respecto el artículo 2-212. menciona *“ATTRIBUTION. An electronic record or electronic signature is attributable to a person if it was the act of the person or the person's electronic agent or the person is otherwise legally bound by the act.”*³⁹⁷

Así los mensajes electrónicos y las firmas electrónicas serán atribuidas a las personas, como actos jurídicos y quedarán las personas legalmente obligadas a cumplir los actos que suscriban.

Por cuanto a las comunicaciones electrónicas el UCC establece en el artículo 2-213. *“ELECTRONIC COMMUNICATION. (1) If the receipt of an electronic communication has a legal effect, it has that effect even if no individual is aware of its receipt. (2) Receipt of an electronic acknowledgment of an electronic communication establishes that the communication was received but, in itself, does*

³⁹⁶ 2-211. Reconocimiento legal de contratos electrónicos, registros y firmas (1) Un registro o firma no puede ser denegado el efecto legal o la exigibilidad únicamente porque está en formato electrónico. (2) No se puede negar a un contrato el efecto legal o la aplicabilidad únicamente porque se utilizó un registro electrónico en su formación. (3) Este artículo no requiere que se cree, genere, envíe, comunique, reciba, almacene o procese un registro o firma por medios electrónicos o en formato electrónico. (4) Un contrato formado por la interacción de un individuo y un agente electrónico bajo la Sección 2-204 (4) (b) no incluye los términos provistos por el individuo si el individuo tenía motivos para saber que el agente no podía reaccionar ante el términos según lo provisto.

³⁹⁷ Atribución. Un registro electrónico o firma electrónica es atribuible a una persona si fue el acto de la persona o el agente electrónico de la persona o si la persona está legalmente obligada por el acto.

*not establish that the content sent corresponds to the content received.*³⁹⁸. El UCC establece el sistema de recepción por cuanto a la entrega de los mensajes electrónicos, aún cuando el receptor no tenga conocimiento de la entrega del mismo, se considera como entregado. Sin embargo, no se debe entender que el tener por entregado el mensaje implique que se consienta los términos del mismo.

Por cuanto a las obligaciones y la formación de los contratos el UCC establece que PART 3. GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT. 2-301. General Obligations of Parties. The obligation of the seller is to transfer and deliver and that of the buyer is to accept and pay in accordance with the contract.³⁹⁹ Menciona que es la obligación de las partes en la formación de los contratos, la del vendedor entregar y transferir lo convenido y del comprador el aceptarla y pagar de acuerdo al contrato.

³⁹⁸ Parte 3. Obligación General y Construcción Del Contrato. 2-301. Obligaciones generales de las partes. La obligación del vendedor es transferir y entregar y la del comprador es aceptar y pagar de acuerdo con el contrato.

³⁹⁹ Cornell Law School. 2005, Consultada 25.02.13.
<http://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2.htm#s2-205>

4.1.2 *The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign Act)*, Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional (Ley de E-Sign)

La Ley de firmas electrónicas en el comercio mundial y nacional (Ley de E-Sign), 1 promulgada el 30 de junio de 2000, establece una regla general de validez para los registros electrónicos y las firmas de transacciones que afecten al comercio interestatal o extranjero. La Ley de E-Sign permite el uso de registros electrónicos para satisfacer cualquier estatuto, reglamento o estado de derecho que exija que dicha información se proporcione por escrito, si el consumidor ha dado su consentimiento de manera afirmativa y no ha retirado dicho consentimiento. Aunque cada estado tiene al menos una ley relacionada con las firmas electrónicas, es la ley federal la que establece las pautas para el comercio interestatal. La intención general de la Ley e-Sign es que a un contrato o firma "no se le puede negar el efecto legal, la validez o la aplicabilidad únicamente porque está en formato electrónico". Esta simple declaración establece que las firmas electrónicas y los registros son tan eficaces como sus equivalentes en papel y, por lo tanto, están sujetos al mismo escrutinio legal de autenticidad que se aplica a los documentos en papel.

Al respecto Elías Azar⁴⁰⁰ comenta que el legislador estadounidense había descartado elaborar una ley federal de firma electrónica y así se manifestaba en la Ley uniforme de negocios electrónicos, de 1999 (Uniform Electronic Transactions Act) por considerar que "en este punto cada Estado tiene una Ley de firma digital y la UETA contribuye a facilitar su cumplimiento". Sin embargo, esta idea se contradice con la pretensión general de regular las firmas electrónicas asociadas a "transacciones", así como los lineamientos de la misma en dicho texto legal. Estos lineamientos se reconocen por el propio legislador estadounidense como uno "de sus mejores logros".

⁴⁰⁰ Elías, Azar. Edgar. Op. Cit. 233 y 234.

Por su parte, las legislaturas de los Estados de la unión Americana se preocuparon por regular el fenómeno del electrónico, con el objetivo de dar uniformidad a la legislación interna. Elías Azar⁴⁰¹ comenta que similares ideas de utilización de los medios electrónicos en las comunicaciones digitales, argumentadas por UNCITRAL o el legislador comunitario están fundadas en las diversas leyes estadounidenses en materia de firma. La primera fue la ley estatal sobre firma digital del Estado de Utah, de 1995 (Utah Digital Signature Act); seguida de Georgia, Washington, en 1996 y otros Estados (California, Arizona). Estas leyes son respetadas por la Ley Federal de transacciones electrónicas, el legislador norteamericano no ha dudado de promulgar en el año 2000, la “Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio global y nacional” (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act). La norma estadounidense no tiene la depuración de técnica jurídica de los textos europeos, pero sí en cambio los preceptos se acompañan de amplios comentarios respecto de sus fuentes y significado, ayudando a su interpretación.

La e-SING abona los acuerdos existentes entre un consumidor y una institución para entregar información electrónicamente. Sin embargo, los acuerdos hechos a partir del 1 de octubre de 2000 están sujetos a los requisitos de la Ley de E-Sign. Si el consumidor acepta electrónicamente o confirma su consentimiento electrónicamente, debe demostrarse de manera razonable que el consumidor tiene acceso a la información en el formulario electrónico que se utilizará para proporcionar la información que es objeto del consentimiento de acuerdo con la Sección 101 (c) (1) (C) (ii).

Al respecto Elías Azar⁴⁰² comenta que la e-Sign al igual que la de transacciones electrónicas se ha inspirado en las recomendaciones UNCITRAL, aunque se perfilan con mayor oscuridad e inferior grado técnico jurídico. En opinión del legislador federal, por el reconocimiento de la equivalencia funcional de los documentos electrónicos a los escritos, la nueva ley pretende fomentar el uso de la firma electrónica en los contratos con consumidores. Aunque la disposición

⁴⁰¹ Ibid. Pág. 42.

⁴⁰² Ibid. Pág.234.

federal estadounidense presenta un nivel técnico inferior a las Directivas unionistas (por ejemplo, la inexacta equiparación del “contrato y documento” en la delimitación del documento electrónico en s.106), su adición al modelo de *restatement* se advierte con los amplios comentarios que acompañan a los preceptos, respecto de sus fuentes y significación en el tráfico electrónico y, de este modo, contribuye a su adecuada interpretación. A título meramente enunciativo puede señalarse, que el término electrónico señalado en la sección 106 se acompaña del siguiente comentario “que hace referencia a la tecnología eléctrica, digital, magnética, inalámbrica, óptica, electromagnética o similares”.

Coincidimos con el autor al señalar que la e-SING pretende construir confianza respecto a los contratos electrónicos, regulando la firma electrónica y consideramos un avance los términos técnicos y tecnológicos que emplea el legislador estadounidense para referirse a la tecnología que se implementa en la formación de contratos electrónicos, consideramos que el utilizar términos tecnológicos amplios y consistentes a las tecnologías imperantes en la actualidad facilitara en lo futura la aplicación de dicha legislación a las nuevas tecnologías que se desarrollen, con una perspectiva jurídica y con base a la flexibilidad el cuerpo de leyes podrá emplearse en el futuro, para regular el entorno tecnológico.

La Ley de e-Sing define al Consumidor como ““Consumer” – The term “consumer” means an individual who obtains, through a transaction, products or services which are used primarily for personal, family, or household purposes, and also means the legal representative of such an individual.”⁴⁰³ De la definición de consumidor se observa que dicha legislación está dirigida a la protección de usuarios finales, a diferencia de la CCIM que regula operaciones de compraventa de mercaderías; por su parte la e-Sing se aplica en protección a personas o usuarios finales para uso personal, familiar o de consumo.

⁴⁰³ "Consumidor": el término "consumidor" significa una persona que obtiene, a través de una transacción, productos o servicios que se utilizan principalmente para fines personales, familiares o domésticos, y también significa el representante legal de dicha persona ".

La legislación norteamericana tiene un enfoque orientado a una economía de libre mercado en la que las partes pueden obligarse en la forma que deseen, así la Sección 201 (2) se ocupa de los “Principios”, proclamando la “libertad de mercado y autorregulación”, en cuyo seno, el “Gobierno dirigirá el desarrollo y uso de las grabaciones y firmas electrónicas, mejor que dictar normas que fijen las bases” (letra A). La “neutralidad y no discriminación deben ser observados entre los proveedores y tecnologías para las grabaciones y firmas electrónicas” (letra B). “Las partes en un acuerdo deben poder establecer los requisitos respecto al uso de las grabaciones y firma electrónicas” (letra B). “Las partes en un acuerdo deben poder establecer los requisitos respecto al uso de las grabaciones y firmas electrónicas que vayan a serles de aplicación” (letra C); pudiendo “determinar las tecnologías de autenticación apropiadas y los modelos de implantación, asegurándose de que sean reconocidos y vinculantes; deben tener la oportunidad para probar en juicio que sus intentos de autenticación y sus transacciones son válidas” (letra D). “Las grabaciones y firmas electrónicas en la forma aceptada por las partes no pueden carecer de la validez, vinculación y efectos legales debido a que no estén escritas” (letra E). “Deben evitarse las imposiciones de hecho o de derecho de estándares en la industria privada mediante la adopción de regulaciones políticas exteriores con respecto a las grabaciones y firmas electrónicas”. “Deben eliminarse los obstáculos a las transacciones electrónicas que tengan la base en que hayan de ser escritas” (G).

El legislador establece la libertad de las partes de obligarse de la forma y a través de los medios que deseen formar su contrato, siempre que cumplan con el marco mínimo que establecen, respecto al trato que se les dará a las comunicaciones por cuanto a sus especificaciones, tratamiento, autenticación y evitar los obstáculos que puedan surgir en las transacciones electrónicas. A diferencia de la legislación europea observamos que la legislación estadounidense no manifiesta los principios de buena fe e intercambio justo, y sí hace referencia a un mercado abierto y a la libertad de las contratantes de obligarse de la forma y términos que convengan entre particulares; únicamente refiere al control que mantendrá el

gobierno sobre el desarrollo y uso de las firmas electrónicas lo que robustece la seguridad de las operaciones electrónicas.

La e-SING refiere al término electrónico de una forma neutral y amplia facilitando la flexibilidad de la ley para adaptarse a futuras tecnologías ““Electronic” – The term “electronic” means relating to technology having electrical, digital, magnetic, wireless, optical, electromagnetic, or similar capabilities.”⁴⁰⁴ Por cuanto a la definición del término electrónico, encontramos que es mucho más amplia y neutral que las legislaciones internacionales, toda vez que refiere a las características de: eléctrico, digital, magnético, inalámbrico, electromagnético y/o con capacidades similares; que evocan a las características principales de la tecnología del siglo XXI y se proyecta hacia los posibles avances y desarrollos tecnológicos futuros.

Por cuanto a la definición de firma electrónica establece que es “la información o datos en forma electrónica, adjuntados o asociados lógicamente con una grabación electrónica (escritura, documento u otra grabación creada, almacenada, generada, recibida o comunicada por medios electrónicos), con la intención de firmar un contrato, acuerdo, grabación”⁴⁰⁵

La e-Sing innova al referir a un agente eléctrico o electrónico, “Electronic Agent” – The term “electronic agent” means a computer program or an electronic or other automated means used independently to initiate an action to respond to electronic records or performances in whole or in part without review or action by an individual at the time of the action or response.”⁴⁰⁶ Al contemplar que las operaciones comerciales puedan desarrollarse sin la presencia humana en cada una de las partes, y así es como se está dirigiendo la tecnología, a través de la inteligencia artificial es posible programar a un dispositivo electrónico para

⁴⁰⁴ "Electrónico": el término "electrónico" se refiere a la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas o similares.

⁴⁰⁵ Sección 105 e-Sing.

⁴⁰⁶ "Agente electrónico": el término "agente electrónico" significa un programa informático o un medio electrónico u otro medio automatizado utilizado de manera independiente para iniciar una acción para responder a registros o interpretaciones electrónicos en todo o en parte sin revisión o acción por parte de un individuo en el momento o la acción o respuesta ".

procesar todas las compras realizadas a través de la TI o TIC's que previamente sean programadas o autorizadas a nombre de una persona o compañía. Con lo cual la legislación de Estados Unidos de Norte América innova por cuanto a prever la intervención de la inteligencia artificial en el comercio electrónico, dándole validez y fuerza jurídica a esta tecnología que será cada vez más recurrente.

Respecto al uso de las grabaciones y firma electrónicas Elías Azar⁴⁰⁷ comenta el título III menciona que el “uso de las grabaciones y firmas electrónicas bajo la Ley Federal de Seguridad”, se proclaman la validez y alcance probatorio de las firmas electrónicas; añadiendo una subsección a “la sección 3 de la Ley de seguridad en los intercambios de 1934”. La sección 301 declara: “Validez general de grabaciones y firma electrónica. Con excepción de lo que esté previsto de otra forma en esta subsección (1)”, “si un contrato, acuerdo o grabación es escrito debido a que así lo exigen las leyes de seguridad o cualquier otra regulación federal o estatal, los efectos legales, validez y vinculación no pueden ser negados con base a que está escrito, si dicho contrato, acuerdo o grabación es una grabación electrónica” (A). “Si un contrato, acuerdo o grabación está firmado porque así lo exige una norma estatal, sus efectos legales, validez y vinculación no pueden serles negados con base a que no está firmado, si está firmado mediante firma electrónica” (B). “Si un agente, intermediario, asesor financiero o compañía de inversiones acuerda un contrato o acepta una grabación de un cliente, contraparte, debe aceptar y confiar en la firma electrónica de tal acuerdo, contrato y tal firma electrónica no carecerá de efectos legales, validez y vinculación porque es firma electrónica” (C).

Por cuanto a los registros electrónicos refiere “Electronic Record” – The term “electronic record” means a contract or other record created, generated, sent, communicated, received, or stored by electronic means.”

La e-Sing además de asegurar el reconocimiento y validez de la firma electrónica regula un aspecto muy importante para asegurar la integridad y seguridad del instrumento electrónica al establecer la competencia regulatoria del gobierno

⁴⁰⁷ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. 235

sobre las firmas electrónicas. La sección 301, número (2); reconoce la competencia regulatoria a la “Comisión de la Agencia reguladora federal (agencia autorizada por la ley federal para imponer exigencias y condiciones mediante normas, regulaciones que puedan ser necesarias para la protección del interés público y de los inversores, siempre que no contradigan las normas de esta sección” (A) de “no discriminación respecto de una tecnología específica, método o técnica de creación, almacenamiento, generación, recepción, comunicación o autenticación de grabaciones y firmas electrónicas; ni tampoco a favor de un tipo específico de tecnologías prometida o comunicada en el negocio” (B).

Respecto a la regulación de la seguridad e integridad de la firma electrónica en la e-Sing, Elías Azar⁴⁰⁸ refiere que pese a la pretensión del legislador federal, el número 3 de la sección 301 contempla una serie de excepciones, en las que no juegan los condicionamientos generales; reconociéndose así un amplio poder regulatorio, no sólo a la Agencia reguladora sino también a una organización autorreguladora (la que está bajo la supervisión de una agencia reguladora federal y está autorizada para regular, dentro de los márgenes de la ley federal-. 105). En el indicado número se dice “No está sometida a esta subsección, cualquier otra disposición”, “las grabaciones o firmas electrónicas que hayan de ser presentadas a estas entidades o requeridas por ellas” (A); asimismo, la “Comisión puede exigir que los contratos, acuerdos o grabaciones relacionadas con las compras y ventas, o establecimiento de cuentas para llevar a cabo compra-ventas, sean firmados manualmente y que dichas firmas respeten tales exigencias si se estima, que son susceptibles de fraude o que el requerir firmas manuales va a disuadir el fraude” (B).

Una legislación de tecnología neutra, como E-Sign, evita el riesgo de que la norma quede anacrónica por los avances tecnológicos brindando una perspectiva jurídica que de seguridad a los contratos electrónicos. Sin embargo, la neutralidad tecnológica también crea la posibilidad de que se pueda aplicar una tecnología

⁴⁰⁸ *Ibide.* 236.

inferior e insegura al celebrar contratos. El estatuto de Utah⁴⁰⁹ soluciona esta dificultad al requerir el uso de firmas digitales, lo que garantiza que, en el futuro inmediato, al menos, los contratos no se harán con tecnología significativamente inferior. Ninguna de las legislaciones anteriores abordar a la perfección los problemas de responsabilidad de la autenticación en el comercio electrónico. Sin embargo, estos esquemas sugieren los componentes que se necesitan para construir un sistema justo para autenticar las firmas electrónicas. Los problemas de autenticación es asignar el riesgo de pérdida a un tercero, como una autoridad de certificación. El desafío clave para los futuros legisladores sería crear un modelo económico que ayude a la rentabilidad de las entidades certificadoras mientras protegen al consumidor de la necesidad de probar el fraude o la negligencia. De lo contrario, en lugar de promover el crecimiento del comercio electrónico, E-Sign y su progenie pueden convertirse en un gran impedimento.

⁴⁰⁹ Utah Digital Signature Act.

4.2. España y El Real Decreto-Ley 34/2002, de 11 de Julio, Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

El antecedente del Real Decreto-Ley es la Directiva Europea 200/31/CE Comercio Electrónico, la directiva europea fijó un marco jurídico que los Estados miembros debieron adoptar en sus legislaciones internas, así España debido incluir y homologar a su sistema jurídico la directiva a través del Real Decreto-Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico,⁴¹⁰ más conocida como Ley de Servicios de la Sociedad de Información (LSSI o LSSICE), es una ley aprobada en España en 2002. La LSSI es un ejemplo de cómo se da la uniformidad, desde una norma jurídica comunitaria y como el Estado miembro, en el caso concreto España, adoptó el marco jurídico mínimo establecido para alinearlo y cumplirlo en su legislación interna; nos parece muy necesario corroborar como se da este proceso al integrar la legislación comunitaria al marco jurídico nacional.

La Ley comprende un total de 45 artículos divididos en 7 Títulos y finaliza con una serie de disposiciones y un anexo; con el objeto de regular las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúen como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Al respecto Elías Azar⁴¹¹ comenta que las especialidades de la contratación electrónica se complementa con la Ley 34/2002, por la que se transpone la

⁴¹⁰ Real Decreto-Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Consultado 02 de mayo 2013. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-18915>.

⁴¹¹ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág. 56 y 57.

Directiva 2000/31/CE al ordenamiento español. En ella se regulan “comunicaciones comerciales” (consentimiento a su envío, deberes de información respecto de su contenido y sanciones por su incumplimiento, artículos 19 a 22 y 37). De otro, los “contratos electrónicos” (validez y eficacia, prueba, deberes de información, sistemas judicial y extrajudicial en la solución de controversias –art.23 a 32- e incumplimientos, art. 37 y ss.).

El Real Decreto-Ley 34/2002 es la ley reguladora del comercio electrónico y de otros servicios de Internet cuando sean parte de una actividad económica. La regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información asimismo se regula la actividad publicitaria por vía electrónica. Estas obligaciones de información se ven ampliadas para aquellas empresas que celebren contratos por vía electrónica, con la finalidad de reducir la inseguridad jurídica de la operación.

Existen aspectos en los que la ley expresamente determina que no podrán realizarse a través de las TI o las TIC's como refiere Elías Azar⁴¹² de la normativa se excluyen los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones (23.4). Y sus normas tampoco alteran los requisitos de forma especial requerida para ciertos negocios, *los contratos, negocios o actos jurídicos, en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos, la forma documental pública, o que requieran por la Ley intervención de órganos jurisdiccionales, Notarios, Registradores de Propiedad y Mercantiles o autoridades públicas se registrarán por su legislación específica* (23.4, último párrafo).

⁴¹² Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág. 57.

La LSSI da respuesta a la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. La adopción del entorno digital a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Las nuevas tecnologías tropiezan con algunas incertidumbres jurídicas, que, a través del establecimiento de un marco jurídico adecuado, se debe generar confianza entre todos los actores intervinientes para el empleo de este nuevo medio; en consecuencia, es lo que pretende esta la LSSI.

Respecto a la LSSI antes citada Mario Clemente Meoro⁴¹³ comenta que tras haberse elaborado gran cantidad de borradores y llevado a cabo consultas a las partes implicadas. Con esta Ley se ha pretendido, según señala la exposición de motivos, incorporar el Ordenamiento jurídico español la Directiva 200/31/CE, del parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del año 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico), así como la Directiva 98/27/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en la LSSI⁴¹⁴. Sin embargo, la Ley no afronta todas las cuestiones suscitadas por los contratos electrónicos, ni se reúne en un solo texto toda la normativa a ellos aplicable.

Coincidimos con la opinión del autor es evidente a todas luces, que el Real Decreto-Ley 34/2002 tiene el objetivo de cumplir con el marco jurídico mínimo que deben de reconocer las legislaciones internas de los Estados miembros de la Unión Europea, amén de que son múltiples las regulaciones que le son aplicables

⁴¹³ Clemente Meoro, Mario. *Incorporación de las nuevas tecnologías en el comercio: Aspectos legales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. p. 141.

⁴¹⁴ Nota del Autor. LSSI refiere a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

a este tipo de contratos, llama la atención la apreciación de Mario Clemente Meoro respecto a que la citada ley “no afronta todas las cuestiones suscitadas en los contratos electrónicos, ni reúne en un solo texto toda la normativa a ellos aplicable”.

En el mismo sentido también Ma. De la Sierra Flores⁴¹⁵ nos dice que el legislador español se suma a la corriente internacional y al mandato comunitario, de complementar el Derecho general de obligaciones y contratos mediante normas específicas para los contratos electrónicos desarrollados en Internet." Aludiendo específicamente a la legislación en materia de firma electrónica (Real decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica artículos 106 y sucesivos, y de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, relativos a la firma profesional de Notarios y Registradores) así tenemos que ambos autores coinciden en la diversidad de disposiciones que le son aplicables al comercio electrónico entre ellas se citan las normas generales para la contratación contenidas en los Códigos Españoles (Código Civil artículos 1088 y sucesivos, y Código de Comercio artículos 51 a 63) y además las diversas disposiciones especiales para determinados contratos en las que se encuentran la Ley General de Consumidores y Usuarios 26/1984 y la Ley General de Condiciones Generales 7/1998.

Como bien exponen los autores citados, son varias las normas del sistema jurídico español tienen aplicación a los contratos electrónicos, así tenemos que el reconocimiento de éstos se establece en el artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que a la letra citamos: “*Artículo 23. Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica. 1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.*”

⁴¹⁵ De la Sierra Flores, Ma. *Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación*. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. España. 2002. p. 22.

En el mismo sentido Elías Azar⁴¹⁶ comenta que al igual que acontece en el resto de los modelos normativos, el carácter primordialmente técnico de la Ley de la Sociedad de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico se manifiesta en su aplicación coordinada con el resto de las disposiciones reguladoras de los contratos, según se expresa en el artículo 23.1, segundo párrafo de *los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.*

Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. Del análisis del primer punto del citado artículo observamos que se cumple con el principio CNUDMI de equivalencia funcional y no rechazo, lo que resulta así, al dar alcance y valor jurídico a aquellos contratos realizados por medios electrónicos; es de destacar que hace la prevención de que esto será así cuando “ocurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez” que deja en claro que siempre que estos sean satisfechos el contrato electrónico tendrá efectos jurídicos.

Consideramos es un acierto del legislador español, puesto que es un requisito *sine quan non* la expresión del consentimiento para la contratación ya sea de manera tradicional o con el empleo de medios electrónicos, y en este sentido sostenemos que en lo particular esta fracción resuelve de manera clara la necesidad del consentimiento y demás requisitos de validez que puntualmente estudiaremos.

Continuando con el análisis del artículo 23 de la LSSI, observamos que en los puntos dos y tres, dice: “2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. 3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se

⁴¹⁶ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. Pág. 57.

entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.”

En el párrafo segundo del artículo 23 de la LSSI, se establece que no es necesario el acuerdo previo para que sea reconocido el contrato celebrado por medios electrónicos y en el tercero cumple con el principio de equivalencia funcional CNUDMI, por cuanto a aquellos contratos para cuya celebración sea exigible la forma escrita, tendrá por cumplido el requisito si en ese caso se tiene el soporte electrónico. Con estos dos párrafos queda claro como ya lo hemos comentado que, por una parte, la El Decreto Ley 34/2002 es un marco jurídico mínimo que cumple con los requisitos de la Directiva Europea Directiva2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior y España adaptó con esta directiva las disposiciones a su legislación local.

Así también, como lo refiere la Directiva 2000/31/CE, España se reservó la aplicación de los contratos electrónicos en ciertas materias y así lo establece el legislador en el punto cuarto del artículo en comento: *“4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica”*.

La LSSI se reserva la aplicación de los contratos electrónicos a la materia familiar y de sucesiones; sin embargo consideramos que ésta fue una limitante que en la actualidad no rige, lo que afirmamos en razón a que en la materia de sucesiones existen avances en la aplicación de los documentos electrónicos, muestra de ello anterior es el testamento electrónico al respecto José Miguel García-Granero,⁴¹⁷

⁴¹⁷ Mezquita García-Granero, José Miguel. *El testamento en el nuevo libro IV del Código Civil de Cataluña*. Consulta 27 de mayo 2013. <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/2/jmmgg.htm>.

nos dice que respecto al testamento cerrado que en consecuencia, y dado que no varían sus caracteres ni requisitos, ni en la fase de redacción ni en la de otorgamiento, nos centraremos en comentar la novedad relativa a la firma electrónica reconocida. El artículo 421-14 menciona la redacción del testamento cerrado. 1. El testamento cerrado es escrito por el testador, en forma autógrafa o por otros medios técnicos, o por otra persona por encargo suyo, con la expresión del lugar y la fecha. Si lo escribe otra persona a ruego del testador, debe hacerse constar esta circunstancia y debe identificarse dicha persona, que debe firmar con el testador al final del testamento. 2. El testador debe firmar en todas las hojas y al final del testamento, después de haber salvado las palabras tachadas, añadidas o entre líneas. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida. La norma suscita los siguientes comentarios, siquiera provisionales con una ley tan reciente y una posibilidad tan novedosa que, de hecho, se introdujo a última hora sin estar prevista en el anteproyecto: 1. ¿Se consideraría testamento cerrado el archivo en soporte electrónico que contenga la voluntad del testador filmada en vídeo o simplemente grabada en audio, si se digitaliza y el archivo se autentifica con firma electrónica? Creemos que no, pues el testamento cerrado sigue siendo un documento escrito, es decir, redactado, a cuyo conocimiento se accede mediante lectura, como resulta claramente de la redacción del artículo examinado, que no contiene otra novedad en su redacción que el inciso subrayado.

Si bien la El Decreto Ley 34/2002 reserva la materia familiar y de sucesiones a la aplicación de los contratos electrónicos, también lo es que el beneficio que brinda la celebración con empelo de los medios electrónicos va ganando terreno, y su aplicación se extiende incluso a la materia sucesoria, aunado, desde luego a la aplicación de la firma electrónica avanzada, que como bien apunta José Miguel García-Granero, es necesaria para poder adjudicar el contenido del documento digital de manera indubitable a la persona que expresa su consentimiento.

La firma electrónica avanzada, es el mecanismo ideal para la expresión del consentimiento, y consideramos que tendrá cada vez mayor impacto en las

legislaciones de los Estados miembro en el caso de la Unión Europea, y paulatinamente serán mayores y más homogéneas las disposiciones contenidas en cada una de las legislaciones internas por cuanto a sus características y certificación.

Por cuanto al consentimiento en el contrato electrónico Ma. de la Sierra Flores⁴¹⁸ nos dice que las partes hacen suya las respectivas declaraciones de voluntad manifestadas electrónicamente mediante la suscripción de una firma. Esta última no es de esencia un contrato celebrado, porque el documento electrónico cumple principalmente una función probatoria de la existencia y alcance contractual, de manera similar a lo que acontece en el documento escrito. Sin embargo, las deficiencias estructurales de las comunicaciones realizadas en Internet cuestionan la autenticidad de las declaraciones electrónicas realizadas con los protocolos de Internet, sin ningún tipo de seguridad adicional, tanto en cuanto a la identidad de su autor como, como respecto de la integridad e inalterabilidad de su contenido. De aquí la importancia de las cautelas y sistemas de seguridad incorporadas a las declaraciones de voluntad contractual para que pueda hablarse de un documento electrónico auténtico y, por ahí, la posibilidad de asimilar las funciones desempeñadas por las declaraciones realizadas por escrito, en alcance de sus declaraciones de voluntad.

Como se observa, el contrato electrónico guarda una relación simbiótica con la firma electrónica avanzada debido a que ésta última es el elemento indispensable para la expresión del consentimiento de manera inequívoca y segura, por lo cual es necesario destacar la importancia de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma electrónica; no sin antes mencionar que son diversas las legislaciones que tiene aplicación a la actividad comercial, que se desarrolla con el empleo de la Internet, entre las que se encuentran las siguientes:

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

⁴¹⁸ De La Sierra Flores, Ma. Op. Cit. p. 137, y 138.

complementarias, y Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; estas normas regulan tanto las obligaciones comerciales y contractuales de los empresarios que venden on line.

En los contratos celebrados con las administraciones públicas, se ha de entender aplicable la norma de cobertura de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual señala en su exposición de motivos que el proceso de informatización de las administraciones públicas no debe limitarse al ámbito de las relaciones internas, sino que debe trascender al plano de las relaciones con los ciudadanos, con efectos de vinculación jurídica. En desarrollo de esta idea se otorga validez jurídica a los documentos electrónicos: "Los documentos emitidos, cualquiera sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las administraciones públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes" (véanse los artículos 45 y 46).

Si bien la LSSICE integra al marco jurídico interno español la normativa europea por cuanto a la sociedad de la información, también es cierto que a los contratos electrónicos les resulta aplicable además de la LSSICE otras legislaciones internas. En cuanto a los contratos entre particulares, entre consumidores y empresarios, aparte de la regulación contenida en la LSSICE, y las normas civiles y mercantiles de aplicación, habrá que estar a lo previsto en la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 22/1994 de 6 de julio de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos, Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad, y, de forma destacada, la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, que establece como requisito de incorporación de las cláusulas que contengan

condiciones generales en los supuestos de contratación telefónica o electrónica el hecho de que "conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional.

En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma (artículo 5.3). El Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, exige la confirmación documental de la contratación efectuada y regula otras cuestiones como la resolución del contrato o la carga de la prueba, las cuales guardan estrecha relación con la regulación de los contratos a distancia que hace la Directiva 97/7/CE.

4.2.1 España y La Ley 59/2003, de 19 de diciembre de Firma Electrónica.

El antecedente de la Ley 59/2003 es la Directiva Europea 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, que fijó un marco jurídico mínimo que los Estados miembros deben de respetar en sus legislaciones internas respecto a la firma electrónica, así España debió incluir y homologar su sistema jurídico a través del Real Decreto Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica⁴¹⁹. Respuesta a la necesidad de conferir seguridad a las comunicaciones por Internet reforzando el marco jurídico ya existente, en la regulación de la firma electrónica.

Introduce el concepto de firma electrónica reconocida, que se equipara funcionalmente a la firma manuscrita; se exigen una serie de garantías a cumplir por los dispositivos de creación de firma; se incluye dentro de la modalidad de prueba documental al soporte en que figuran los datos firmados electrónicamente; se exige una especial legitimación a las personas físicas solicitantes de responsabilizarse de la custodia de tales datos, y se establece un régimen aplicable a la actuación de las personas jurídicas firmantes.

Es importante mencionar, que en nuestra opinión la firma electrónica es un elemento indispensable para que el comercio electrónico pueda funcionar de manera adecuada, su principal función es la expresión de la voluntad del firmante lo que se traduce en seguridad, certeza y validez jurídica, en el caso de la firma electrónica avanzada, además se acompaña de la identidad plena del firmante y la integridad en el mensaje electrónico de una manera adecuada y segura.

España fue uno de los primeros Estados miembro en adoptar la directiva Europea a su legislación interna, Elías Azar⁴²⁰ comenta que en España regula tempranamente la firma electrónica en el RDL 14/1999, de 17 de septiembre;

⁴¹⁹ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Consulta 27 de mayo 2013. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23399>.

⁴²⁰ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. 56.

derogándose por la Ley de Firma electrónica, 59/2003, de 19 diciembre de 2003, en la que se incorpora la Directiva de firma electrónica, con la adición del Documento de Identidad electrónico. Un año antes se había transpuesto la Directiva del comercio electrónico por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de modificaciones introducidas en materia de perfección de los contratos por la Disposición derogatoria única de la Ley General de las Telecomunicaciones, de 2003 (BOE núm. 204, de noviembre).

Así también lo consideró el legislador español en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 59/2003 quienes refieren que, aprobado con el objetivo de fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad de las comunicaciones electrónicas a través del establecimiento de un marco jurídico para la utilización de una herramienta que aporta confianza en la realización de transacciones electrónicas en redes abiertas como es el caso de Internet.

También, reconocen el desarrollo de la sociedad de la información y la difusión de los efectos positivos que de ella se derivan, que exige la generalización de la confianza de la ciudadanía en las comunicaciones telemáticas. Observando, además, que los datos más recientes señalan que “aún existe desconfianza por parte de los intervinientes en las transacciones telemáticas y, en general, en las comunicaciones que las nuevas tecnologías permiten a la hora de transmitir información, constituyendo esta falta de confianza un freno para el desarrollo de la sociedad de la información, en particular, la Administración y el comercio electrónicos.”

Por lo cual el Real Decreto Ley 59/2003, pretende dar respuesta a la necesidad de conferir seguridad a las comunicaciones por internet, por lo que *“La firma electrónica constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones, ofreciendo las bases para evitar el repudio, si se adoptan las medidas oportunas basándose en fechas electrónicas.”*

Le legislación española resulta innovadora y coherente, toda vez que además de establecer la firma electrónica, al tiempo reconoce su valor jurídico en juicio, al respecto Elías Azar⁴²¹ comenta que la Ley mejora la normativa anterior, al tiempo que supera algunas de las contradicciones en que incurría a la hora de establecer la disciplina sustantiva y procesal en materia de admisibilidad y efectos de la prueba electrónica. Esta normativa general se acompaña del régimen especial de la firma profesional de los Notarios y Registradores, instaurado por la Ley 24/2001.

A la firma electrónica reconocida, le otorga la equivalencia funcional con la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica. Por otra parte, contiene las garantías que deben ser cumplidas por los dispositivos de creación de firma para que puedan ser considerados como dispositivos seguros y conformar así una firma electrónica reconocida, además, se le reconoce como prueba documental el soporte en el que figuran los datos firmados electrónicamente, dando mayor seguridad jurídica al empleo de la firma electrónica al someterla a las reglas de eficacia en juicio de la prueba documental.

Por su parte respecto a la LSSI Martínez Nadal⁴²² nos dice que de entrada, ha de señalarse que, con la aprobación de este Real Decreto-ley, el estado español entra en órbita de aquellos estados con iniciativas legislativas aprobadas en materia de firma electrónica. En pleno desarrollo de la sociedad de la información, con aplicación de las nuevas tecnologías para el desarrollo de verdaderas transacciones comerciales, la firma electrónica, junto con los certificados y las entidades de certificación se ofrecen, desde el punto de vista técnico seguro a gran escala, en cuanto permiten solucionar los problemas de autenticidad, integridad, no rechazo en origen, e incluso, en algunos casos, confidencialidad, inherentes a las comunicaciones electrónicas. Desde el punto de vista jurídico, estas soluciones técnicas plantean algunas dudas e incertidumbres para cuya resolución existen distintas iniciativas legislativas.

⁴²¹ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. 57.

⁴²² Martínez Nadal, Apol Lónia. Op. Cit. p. 17.

Coincidimos con la opinión de Martínez Nadal, respecto a la seguridad y soluciones que da la firma electrónica a la problemática digital que plantea el comercio electrónico, sin embargo, aún y cuando se tenga una solución “digital” esta no extiende sus beneficios al ámbito “jurídico”.

Así también a LSSI hace diferencia entre dos tipos de firmas la “firma electrónica” y la “firma electrónica avanzada” así también por cuanto al aspecto de seguridad que implica cada una de ellas Elías Azar⁴²³ refiere que en los márgenes autorizados por la Directiva 1999/93 de Firma Electrónica, el legislador español asume la definición amplia de firma electrónica como la representada por *el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros asociados con ellos , que pueden ser utilizados como medio de identificación del firme* (art. 3.1). Asimismo, recibe las modalidades de firma electrónica avanzada, encaminados a acreditar la identidad del titular de una firma electrónica ya la asociación de los datos de verificación de firma al firmante (art.6.1) se contempla en el Título II (art. 6 1 13), complementándose con las reglas de la *equivalencia internacional de certificados reconocidos* 8 (art. 14). La prueba electrónica se adscribe a la modalidad documental, graduándose sus efectos, en función de su carácter simple, avanzado y reconocido (art.3). Especial atención normativa presenta la actividad y estatuto de los prestadores de servicios de certificación, que son objeto del artículo 5, 17 a 36.

En concordancia con la exposición de motivos en su artículo 3, del Real Decreto Ley 59/2003, refiere a la firma electrónica y los documentos firmados electrónicamente, distinguiendo entre la “firma electrónica” y la “firma electrónica avanzada” consistente en que la primera de ellas es un “conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante” mientras que la segunda “permite además de identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados” y no solo prevé la integridad del documento electrónico que se firma (y por tanto el alcance jurídico de la voluntad del contratante) sino que

⁴²³ Elías Azar, Edgar. Op. Cit. p. 58.

también “está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”; con lo cual se observa que el legislador español reconoce las diferencias tecnológicas entre ambas firmas haciendo evidente que la firma electrónica avanzada aporta mayores beneficios al ligar de forma única a su autor así como asegurar que los medios por lo que sea creada deberán estar bajo el exclusivo control de su autor.

En el mismo artículo 3 del Real Decreto Ley 59/2003, punto tercero, establece los requisitos para considerar a una firma electrónica reconocida cabe resaltar que sólo considera como tal a la “firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma” es importante destacar que el proceso de reconocimiento de la firma electrónica avanzada es indispensable para que pueda ser reconocido su valor probatorio; y así se corrobora el cuarto punto del mismo artículo “La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel” el reconocimiento de la firma electrónica avanzada es el elemento que da la equivalencia funcional respecto a la firma electrónica avanzada.

Ahora bien, una vez satisfecho el requisito de reconocimiento de la firma electrónica avanzada podemos hablar de la definición de documento electrónico que establece el multicitado artículo en su punto quinto que establece “Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente” por tanto podemos considerar a un contrato electrónico a aquel documento que satisface los requisitos del punto quinto, y en consecuencia solo estaremos en posibilidad de hablar de un documento firmado por una firma reconocida y por tanto de una firma electrónica avanzada; ya que aún y cuando en el primer punto nos hemos referido a la firma electrónica, el legislador español no le concede equivalencia funcional respecto a la firma autógrafa por carecer de los elementos necesarios para la expresión y alcance de la voluntad de las contratantes.

Es evidente la eficacia de la firma electrónica reconocida⁴²⁴, respecto de la firma electrónica simple, al reconocer valor probatorio a la firma electrónica reconocida no sin tener algunos obstáculos que abordaremos más adelante. Así tenemos que, si bien es cierto con la implementación de la firma electrónica reconocida se resuelve el problema de la expresión de la voluntad del contratante y se alcanza la equivalencia funcional esto es en base al cifrado de datos.

La firma electrónica reconocida, alcanza la equivalencia funcional respecto del consentimiento, identidad y el alcance jurídico de la voluntad de las partes, gracias a la seguridad que provee la solución “digital” de la utilización del cifrado⁴²⁵ y Martínez Nadal⁴²⁶ comenta que hasta el momento la seguridad tecnológica se viene resolviendo mediante la técnica de cifrado de las declaraciones cruzadas entre las partes, que la hacen ininteligible durante la transmisión. Y este cifrado de contenidos y de autoría se realiza automáticamente y al mismo tiempo, mediante el recurso principal de las denominadas firma electrónica avanzada y firma electrónica certificada; consistentes en un par de claves alfa únicas (34AF4720) relacionadas entre sí y cuya aplicación permite el cifrado y el descifrado del contenido contractual, pudiéndose llegar así al convencimiento contractual y, en general, de todas las declaraciones vinculadas al negocio jurídico. Precisamente esta finalidad coincidente entre la firma electrónica y la manuscrita permite explicar; la posible asimilación de la eficacia jurídica de esta modalidad de declaración electrónica a la firma escrita. La autenticidad de las declaraciones contractuales se permiten en los documentos electrónicos: a) identificara la persona de su autor (en nuestro caso, los respectivos contratantes: que X es el titular legal (o representante) del nombre de dominio que figura en la Web y Y es la persona que emite su declaración de aceptar); b) verificar la declaración y alcance contractual (esto es, la existencia y alcance del consentimiento: que X

⁴²⁴ Como ya hemos puntualizado, ésta solo puede tratarse de la firma electrónica avanzada y nunca de la firma electrónica simple.

⁴²⁵ Real Academia de la Lengua Española. *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, Vigésima segunda edición, consultado 09 de octubre de 2013. <http://lema.rae.es/drae/?val=cifrar> “Cifrar. 1. tr. Transcribir en guarismos, letras o símbolos, de acuerdo con una clave, un mensaje cuyo contenido se quiere ocultar.”

⁴²⁶ Martínez Nadal, Apol Lónia. Op. Cit. p. 138, 139.

manifiesta su voluntad de ofrecer un determinado bien o servicio, en las condiciones fijadas en su declaración de voluntad -las condiciones generales que figuran en su página Web las concretas acordadas con el cliente- y que este último ha manifestado igualmente su intención de aceptar).

Coincidimos con el alcance jurídico y equivalencia funcional que el legislador español concede a la firma electrónica reconocida, ya que en nuestra opinión y en ello también coincidimos como la autora antes citada, es el elemento de seguridad que se provee a través del cifrado de datos lo que permite tener certeza y seguridad respecto al autor, identidad y alcance jurídico de la expresión de la voluntad de las contratantes, por lo que es indispensable que esté ligado a los elementos de creación de la firma, que esta se haga a través de medios que estén en dominio exclusivo de su autor y que sea certificada por un organismo que reconozca su autenticidad, con lo que es dable, reconocer y dar valor jurídico de probanza en juicio al documento electrónico.

Respecto a éste último punto, consistente al valor probatorio que la ley española concede al documento electrónico lo encontramos en el mismo artículo tercero, del Real Decreto Ley 59/2003 en el octavo punto “El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio.” Lo que en nuestra opinión constituye un acierto del legislador español, ya que dentro de la equivalencia funcional del documento electrónico se encuentra implícita la posibilidad de que este se exhiba en un proceso judicial en caso de incumplimiento en el alcance jurídico de la expresión de la voluntad. Por tanto, si el documento electrónico careciera de valor probatorio este no cumpliría procesalmente con la equivalencia funcional en caso de que las contratantes se encontraran ante un incumplimiento.

Sin embargo, el mismo artículo 3 en su punto octavo, prevé que “si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la ley en cuanto a la garantía de

los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes.” Con esta primera hipótesis se maneja la impugnación por cuanto a la identidad y control de los mecanismos de creación de la firma electrónica avanzada, se procederá a la “comprobación del órgano certificador” por cuanto a la eficacia y cumplimiento de los requisitos de la ley, pero además prevé que si sucede la impugnación “se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴²⁷.” Lo que se trae como consecuencia que la firma electrónica reconocida, dentro de un procedimiento civil sea un blanco fácil para restarle el valor probatorio que la misma ley concede.

Al respecto Ormazábal Sánchez⁴²⁸ nos dice que en definitiva: si se impugna la autenticidad de una firma electrónica a la que su aportante atribuye el carácter de reconocida, cosa que podrá hacer, o bien probando que efectivamente merece el calificativo legal de reconocida, al concurrir los presupuestos fácticos a los que dicha calificación legal se anuda; o bien de cualquier otro modo diferente previsto en Derecho. De donde se sigue que el texto del art. 3.8 LFE (Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica) con su enumeración o detalle, no hace otra cosa que oscurecer y complicar las cosas, o como mínimo resulta por completo superfluo. Bastaba, como máximo, con limitarse a recordar que la carga de probar la autenticidad de la firma (o consideración legal de reconocida) grava al aportante del soporte informático firmado.

Respecto a la formación de los contratos electrónicos Ma. De la Sierra Flores⁴²⁹ hace una crítica por cuanto a la duplicidad formal de la normativa sobre contratos

⁴²⁷ Nota del Autor. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados. “2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.”

⁴²⁸ Ormazábal Sánchez, Guillermo. *¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica? Reflexiones en torno a la eficacia probatoria de la firma electrónica en la Ley 56/2003, 19 de diciembre, Publicada en la “Revista Jurídica de Catalunya”, Edición Número 3, Catalunya, España. 2006.*

⁴²⁹ *Ibidem*. p. 25.

electrónicos, pues considera que conduce a descoordinaciones y consiguientes dudas al interprete, contrariamente a lo que acontecería si las particularidades de los contratos (validez, forma..) se hubieran integrado formalmente en el Derecho general de las obligaciones y contratos, tal y como lo han hecho los legisladores nacionales en los códigos de comercio de Francia y México, desconexiones que apunta, en el ámbito español se sitúan, no sólo en el plano interno del Real Decreto de Ley, de firma electrónica, sino también entre el Derecho sustantivo de firma electrónica y procesal, cuestionándose el valor jurídico de las firmas electrónicas avanzadas, esto es, las <fiables tecnológicamente> cuyo alcance jurídico difiere según se trate de simple <firma electrónica avanzada> o de <firma avanzada verificada>, por estar acreditada con un certificado reconocido.

Como hemos apuntado con anterioridad a pesar de que la LSSI innova y distingue entre la firma electrónica y la firma electrónica avanzada, además de reconocerle pleno valor jurídico y efectos por cuanto a su vigor y alcance jurídico. La crítica que se hace al legislador español, es por cuanto a la diversidad de normas que resultan aplicables a los contratos electrónicos; entre otros la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que regula la eficacia del documento electrónico en el proceso civil; en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, abreviadamente Ley de Acompañamiento, por la que se disipan todas las dudas sobre la validez y eficacia del «documentos publico electrónico», al permitir la plena operatividad de la firma electrónica y del documento público electrónico y su uso por Notarios y Registradores, modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad; y, en sede de comercio electrónico, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (en adelante, LSSI). De lo que se advierte la necesidad de agrupar las normativas en un código único para regular el fenómeno del comercio electrónico y el contrato electrónico.

4. 3. Conclusiones.

El fenómeno globalizante obliga al derecho internacional privado como eje rector del comercio mundial a inspirar a la comunidad internacional hacia la uniformidad, si bien es sabido, que un margen jurídico universal es casi utópico. No resultan utópicos los esfuerzos de la comunidad internacional en buscar un acercamiento y el encuentro en un marco jurídico mínimo. La era digital aporta a la sociedad de la información y los contratos electrónicos, un vehículo hecho a medida para la globalización; coincidiendo en el vertiginoso ritmo de operaciones, la instantaneidad y la desmaterialización del contrato que hace posible celebrar múltiples contratos entre personas ausentes, un mecanismo idóneo para las operaciones internacionales. Los precursores de la legislación del mundo digital es Estados Unidos país en el que se creó el Internet, la Unión Europea y UNCITRAL que en conjunto con Japón iniciaron los esfuerzos internacionales para el reconocimiento y reglamentación de la era digital.

UCC Uniforme Commercial Code, es uno de varios esfuerzos de actos y leyes promulgadas con la intención de unificar y armonizar la legislación de las ventas y otras transacciones comerciales en cincuenta estados dentro de los Estados Unidos de América.

El objetivo de este Código Federal es la armonización en el territorio federal ya que es importante y recurrente las transacciones comerciales que se extienden más allá de un estado. Ejemplo de ello son mercancías que pueden ser fabricados en el Estado A, almacenadas en el Estado B, que se vende del Estado C y entregado en el estado D.

Real Decreto-Ley 34/2002, de 11 de julio servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, regula la firma electrónica, prestación de servicios de certificación y su eficacia jurídica.

La regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los

prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos.

Si bien la LSSICE integra al marco jurídico interno español la normativa europea por cuanto a la sociedad de la información, también es cierto que a los contratos electrónicos les resulta aplicable además de la LSSICE otras legislaciones internas. En cuanto a los contratos entre particulares, entre consumidores y empresarios, aparte de la regulación contenida en la LSSICE, y las normas civiles y mercantiles de aplicación, habrá que estar a lo previsto en la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 22/1994 de 6 de julio de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos, Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad, y, de forma destacada, la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, que establece como requisito de incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales en los supuestos de contratación telefónica o electrónica el hecho de que "conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional.

En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma (artículo 5.3). El Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, exige la confirmación documental de la contratación efectuada y regula otras cuestiones como la resolución del contrato o la carga de la prueba, las cuales guardan estrecha relación con la regulación de los contratos a distancia que hace la Directiva 97/7/CE.

Como hemos apuntado con anterioridad a pesar de que la LSSI innova y distingue entre la firma electrónica y la firma electrónica avanzada, además de reconocerle

pleno valor jurídico y efectos por cuanto a su vigor y alcance jurídico. La crítica que se hace al legislador español, es por cuanto a la diversidad de normas que resultan aplicables a los contratos electrónicos; entre otros la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que regula la eficacia del documento electrónico en el proceso civil; en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, abreviadamente Ley de Acompañamiento, por la que se disipan todas las dudas sobre la validez y eficacia del «documentos publico electrónico», al permitir la plena operatividad de la firma electrónica y del documento público electrónico y su uso por Notarios y Registradores, modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad; y, en sede de comercio electrónico, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (en adelante, LSSI). De lo que se advierte la necesidad de agrupar las normativas en un código único para regular el fenómeno del comercio electrónico y el contrato electrónico.

Como se advierte de los instrumentos comparados, es coincidente la necesidad de uniformidad en los diversos Estados, toda vez que si bien es cierto que cuentan con legislación específica para regular la contratación electrónica y la firma electrónica a nivel general; también lo es, que en la formación de los contratos electrónicos interviene una diversidad de instrumentos legales internos además del que regula a la contratación electrónica y la firma electrónica. Por lo cual, en caso de existir controversia entre las partes por cuanto a la formación del contrato o la aceptación de la firma electrónica se encontrarán con disposiciones jurídicas múltiples que deberán intervenir para resolver las controversias que puedan generarse entre las partes.

Por lo que no se ha logrado la uniformidad de la normatividad interna, por lo cual subsiste la necesidad de un marco jurídico internacional, como la CCIM que regule la compraventa internacional de mercaderías, y que alcance la uniformidad internacional sobre el fenómeno comercial. Incluso en el caso de España y el esfuerzo de adaptar la legislación interna a las directivas europeas encontramos

una diversidad de legislación interna que resulta aplicable a las mencionadas operaciones.

Conclusiones

Es necesario construir una nueva Teoría General del Derecho de las Obligaciones, que se aparte de la tradición jurídica de regular a los contratos de compraventa sobre hechos fácticos, realizados entre personas presentes que firman de puño y letra un contrato en papel, característico del siglo XIX.

La era digital y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Tecnologías de la Información y la Comunicación, nos fuerzan a revisar la construcción del Derecho General de las Obligaciones respecto a la contratación; para ser renovada y adecuarla al documento digital, con firmas electrónicas entre personas ausentes. Que se alinea con la realidad plural interactiva, económica, internacional y tecnológica del Siglo XXI.

El Derecho Privado de Obligaciones y Contratos Mercantiles tiene que examinar los instrumentos internacionales y nacionales, para adaptarlos a la era digital en un entorno globalizante en el que no puede dejarse al libre albedrío de las partes la normatividad mercantil. No podemos olvidar, que debe garantizarse un comercio en el que se proteja el intercambio comercial justo y equilibrado para todas las naciones.

La teoría anglosajona que prefiere dejar el libre albedrío a las partes, establece un escenario neoliberal, en un mundo global plagado de desigualdad económica que en buena medida está involucrado el comercio. Renovar la CCIM a la contratación por medios electrónicos garantizará un marco jurídico uniforme, a las compraventas internacionales de mercaderías, evitando conflictos en las legislaciones nacionales y creando un entorno seguro y equitativo.

La CCIM es sin lugar a duda el Instrumento Internacional de Derecho Privado más firmado en la historia con 89 Estados suscritos, su importancia y excelente preparación técnica para adaptarse en el Mundo; es reconocida por la comunidad internacional logrando el objetivo de alcanzar la unificación de un marco jurídico para la compraventa internacional de mercaderías. Sin duda ha regulado con gran

éxito desde su creación en los 80 a la operación más realizada en el Mundo, sin embargo, la Convención fue creada para operaciones celebradas entre personas presentes, que regulaba hechos fácticos que se suscribían con firma de puño y letra en papel desde el siglo XIX. Por tal motivo se creó como una Convención es cerrada, que no permite que ningún otro instrumento supletorio para su interpretación.

La era de la información, ha desactualizado los postulados de la CCIM, la creación del Internet, las tecnologías de la información y las tecnologías de la información y la comunicación, han creado una sociedad informacional que se comunica en redes sociales y realiza operaciones bancarias en dispositivos móviles, creando un vertiginoso intercambio comercial. Para alcanzar la velocidad de la era líquida, se crea el comercio electrónico y el contrato electrónico. Aún cuando los esfuerzos internacionales de CNUDMI han dado extraordinarios instrumentos internacionales no se ha concretado una nueva Convención que regule la compraventa internacional, sólo se ha logrado la creación de leyes modelo que se ponen a disposición de la comunidad internacional por tanto no alcanzan la fuerza vinculante de la CCIM y la única e-CC no ha logrado una aceptación generalizada.

Entre los instrumentos reguladores de la compraventa electrónica destacan la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (creada en 1996 inspirando a 71 legislaciones), Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (creada en 2001 ha inspirado a 32) y la más reciente que sí alcanzó el rango de Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (creada en 2005 y que ha sido suscrita por 9 Estados, México no es parte) esta última no alcanzado la aceptación de la comunidad internacional. Ninguno de los mencionados instrumentos puede ser incorporados o complementados con la CCIM, si bien es cierto pueden ser llamado en aquellos casos en que el Estado del que es una o ambas partes contratantes que sean parte, o se haya acordado su inclusión en el contrato, resultan inaplicables.

El comercio cambió los contratos celebrados en papel entre personas presentes al estilo del siglo XIX quedaron atrás, el nuevo y moderno siglo XXI es la era tecnológica acompañada del nuevo modelo globalizante hizo necesaria la construcción de un nuevo mercado digital que realiza operaciones a velocidades nunca antes vistas con el auxilio de tecnologías de punta. Así los nuevos instrumentos desarrollados en el contexto global tomaron principalmente dos caminos el derecho duro o hard law y el derecho suave o soft law.

El más representativo del hard law es la e-CC de CNUDMI que regula los mensajes electrónicos y la contratación electrónica, sin embargo, al momento sólo ha sido ratificada por 9 Estados, que no son potencia mundial ni representan los principales mercados del Mundo. Otros instrumentos de hard law, que tienen un impacto regional son las Directivas de la Unión Europea 1999/93/CE y 2000/31/CE para regular y establecer un marco jurídico mínimo en torno a la necesidad de regular y reconocer la formación de contratos a través de las TI y TIC's, de forma uniforme modernizando el comercio en el viejo continente. Así como los PECL que resultan aplicables en el mercado europeo y tienen como objetivo asegurar la buena fe y el trato justo al comercio del siglo XXI, sin embargo, deja a la voluntad de las contratantes el incluir en su totalidad o no los Principios con lo cual se pierde la uniformidad y la fuerza vinculante.

Por su parte CNUDMI ha creado los instrumentos de soft law para regular el fenómeno tecnológico MLEC y la MLES que si bien han influido en una importante cantidad de legislaciones establecen un marco mínimo para el desarrollo del comercio electrónico, no resultan vinculantes a menos de que las partes se obliguen en el contrato a respetarla, y tienen la opción de obligarse por cuanto a cláusulas específicas y no a la totalidad de las mismas; por lo cual se pierde el objetivo de la unificación del derecho privado. De igual forma los UPICC de Unidroit son instrumentos que se ponen a disposición de la comunidad internacional para que se apliquen a los contratos mercantiles internacionales, siempre que las partes así lo acuerden. Por tanto, los instrumentos de soft law no

son vinculantes y si bien pueden llegar a ser aplicados en las contrataciones internacionales, su aplicación se sujeta a la voluntad de las partes.

Ahora bien, todos los instrumentos internacionales creados para regular el fenómeno tecnológico posteriores a la CCIM carecen de obligatoriedad y fuerza vinculante en la compraventa internacional de mercaderías, por lo que es necesario incluir las nuevas teorías jurídicas para adecuar la convención al comercio electrónico del siglo XXI, en la era informacional. La teoría del contrato clásica basada en contratos en papel con firmas autógrafas entre personas presentes, se sustituye por los mensajes electrónicos, las firmas electrónicas y los contratos electrónicos entre personas ausentes que muy probablemente nunca se lleguen a conocer. Sin embargo, la seguridad jurídica y la obligatoriedad de la CCIM, deben continuar en el siglo XXI para que el derecho alcance la uniformidad en la comunidad internacional y se protejan los principios de buena fe y el intercambio justo entre las contratantes.

El fenómeno globalizante obliga al derecho internacional privado como eje rector del comercio mundial a inspirar a la comunidad internacional hacia la uniformidad, si bien es sabido, que un margen jurídico universal es casi utópico. No resultan utópicos los esfuerzos de la comunidad internacional en buscar un acercamiento y el encuentro en un marco jurídico mínimo. La era digital aporta a la sociedad de la información y los contratos electrónicos, un vehículo hecho a medida para la globalización; coincidiendo en el vertiginoso ritmo de operaciones, la instantaneidad y la desmaterialización del contrato que hace posible celebrar múltiples contratos entre personas ausentes, un mecanismo idóneo para las operaciones internacionales. Los precursores de la legislación del mundo digital es Estados Unidos país en el que se creó el Internet, la Unión Europea y UNCITRAL que en conjunto con Japón iniciaron los esfuerzos internacionales para el reconocimiento y reglamentación de la era digital.

UCC Uniforme Commercial Code, es uno de varios esfuerzos de actos y leyes promulgadas con la intención de unificar y armonizar la legislación de las ventas y

otras transacciones comerciales en cincuenta estados dentro de los Estados Unidos de América.

El objetivo de este Código Federal es la armonización en el territorio federal ya que es importante y recurrente las transacciones comerciales que se extienden más allá de un estado. Ejemplo de ello son mercancías que pueden ser fabricados en el Estado A, almacenadas en el Estado B, que se vende del Estado C y entregado en el estado D.

Real Decreto-Ley 34/2002, de 11 de julio servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, regula la firma electrónica, prestación de servicios de certificación y su eficacia jurídica.

La regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos.

Si bien la LSSICE integra al marco jurídico interno español la normativa europea por cuanto a la sociedad de la información, también es cierto que a los contratos electrónicos les resulta aplicable además de la LSSICE otras legislaciones internas. En cuanto a los contratos entre particulares, entre consumidores y empresarios, aparte de la regulación contenida en la LSSICE, y las normas civiles y mercantiles de aplicación, habrá que estar a lo previsto en la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 22/1994 de 6 de julio de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos, Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad, y, de forma destacada, la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, que establece como requisito de incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales en los supuestos de contratación telefónica o electrónica el

hecho de que "conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional.

En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma (artículo 5.3). El Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, exige la confirmación documental de la contratación efectuada y regula otras cuestiones como la resolución del contrato o la carga de la prueba, las cuales guardan estrecha relación con la regulación de los contratos a distancia que hace la Directiva 97/7/CE.

Como hemos apuntado con anterioridad a pesar de que la LSSI innova y distingue entre la firma electrónica y la firma electrónica avanzada, además de reconocerle pleno valor jurídico y efectos por cuanto a su vigor y alcance jurídico. La crítica que se hace al legislador español, es por cuanto a la diversidad de normas que resultan aplicables a los contratos electrónicos; entre otros la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que regula la eficacia del documento electrónico en el proceso civil; en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, abreviadamente Ley de Acompañamiento, por la que se disipan todas las dudas sobre la validez y eficacia del «documentos publico electrónico», al permitir la plena operatividad de la firma electrónica y del documento público electrónico y su uso por Notarios y Registradores, modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad; y, en sede de comercio electrónico, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (en adelante, LSSI). De lo que se advierte la necesidad de agrupar las normativas en un código único para regular el fenómeno del comercio electrónico y el contrato electrónico.

Como se advierte de los instrumentos comparados, es coincidente la necesidad de uniformidad en los diversos Estados, toda vez que si bien es cierto que cuentan

con legislación específica para regular la contratación electrónica y la firma electrónica a nivel general; también lo es, que en la formación de los contratos electrónicos interviene una diversidad de instrumentos legales internos además del que regula a la contratación electrónica y la firma electrónica. Por lo cual, en caso de existir controversia entre las partes por cuanto a la formación del contrato o la aceptación de la firma electrónica se encontrarán con disposiciones jurídicas múltiples que deberán intervenir para resolver las controversias que puedan generarse entre las partes.

Por lo que no se ha logrado la uniformidad de la normatividad interna, por lo cual subsiste la necesidad de un marco jurídico internacional, como la CCIM que regule la compraventa internacional de mercaderías, y que alcance la uniformidad internacional sobre el fenómeno comercial. Incluso en el caso de España y el esfuerzo de adaptar la legislación interna a las directivas europeas encontramos una diversidad de legislación interna que resulta aplicable a las mencionadas operaciones.

Para dar solución a la problemática planteada se propone la creación de una nueva Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que contemple los avances tecnológicos para la formación de contratos a través del uso de las Tecnologías de la Información y las Tecnologías de la Información y Comunicación. Con la siguiente estructura.

I. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

PREÁMBULO

Parte I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales

CAPÍTULO I. Ámbito de aplicación.

CAPÍTULO II. Disposiciones generales.

Parte II. Formación del contrato.

Parte III. Compraventa de mercaderías.

CAPÍTULO I. Disposiciones generales.

CAPÍTULO II. Obligaciones del vendedor.

Sección I. Entrega de las mercaderías y de los documentos

Sección II. Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros.

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor.

CAPÍTULO III. Obligaciones del comprador.

Sección I. Pago del precio.

Sección II. Recepción.

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.

CAPÍTULO IV. Transmisión del riesgo.

CAPÍTULO V. Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador

Sección I. Incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas.

Sección II. Indemnización de daños y perjuicios.

Sección III. Intereses.

Sección IV. Exoneración.

Sección V. Efectos de la resolución.

Sección VI. Conservación de las mercaderías.

CAPÍTULO VI. Utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos

Sección I. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas.

Sección II. Requisitos de forma.

Sección III. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas.

Sección IV. Invitaciones para presentar ofertas.

Sección V. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato.

Sección VI. Disponibilidad de las condiciones contractuales.

Sección VII. Error en las comunicaciones electrónicas.

Parte IV. Disposiciones finales.

Depositario.

Firma, ratificación, aceptación o aprobación.

Participación de organizaciones regionales de integración económica.

Aplicación a las unidades territoriales.

Declaraciones sobre el ámbito de aplicación.

Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales.

Procedimiento y efectos de las declaraciones.

Reservas.

Entrada en vigor.

Momento de aplicación.

Denuncia.

Fuentes de consulta

LIBROS

ABBAGNANO, Nicola, 1992, "Diccionario de filosofía", 9ª Edición Fondo de Cultura Económica, México.

ACOSTA ROMERO, Miguel, et al. (Coords.), 2000, "Nuevo Derecho Mercantil", Porrúa, México.

ADAME GODDARD, Jorge, 1994, "El Contrato de Contrato de Compraventa Internacional", Mc Graw-Hill Interamericana de México, México.

ARELLANO GARCIA, Carlos, 2015, "Derecho Internacional Privado", Porrúa, México.

AVILÉS ARENAS, Hertino. 2001, "Obligaciones". Editorial Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

BAASCH ANDERSEN, Camila, 2007, "Uniform application of the international sales law/Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification of the CISGB", Kluw Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands.

BALDUINO y WOLFF, Martin (Coord.), 1994, "Derecho internacional privado", Bosch, España.

BARCLAY, William, 1997, "Comentario al Nuevo Testamento", CLIE, España.

BELL, Daniel. 2001, "El Advenimiento de la Sociedad Post-industrial", Alianza Editorial, Madrid, España.

BOBBIO, Norberto, 2007, "Teoría General del Derecho". Temis 3ª Edición. Colombia.

CARLINO, Bernardo, 2000, "Reuniones a distancia", Culzoni Editores, Argentina.

CASTELLANI, Luca G., 2017, "The Electronic CISG That Already Is: UNCITRAL Text son Electronic Contracting" The Electronic CISG 7th MAA Schlechtriem CISG Conference, International Publishing, The Hage Netherlands.

CASTELLS, Manuel, 2000, "La era de la información: economía, sociedad y cultura. Volumen I La Sociedad Red". Alianza Editores. 2ª Edición, España.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, 2011, "Derecho Mercantil Internacional", Porrúa, México.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, 2014, "Contratos Mercantiles", 6ª Edición. Porrúa, México.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, 2011, "Tratado de Derecho Mercantil", 2ª Edición. Porrúa, México.

Cfr. SCHLECHTRIEM SCHWENZER, Ingeborg, 2010, "Introduction on Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)", 3rd ed., Oxford, USA.

CLEMENTE MEORO, Mario, "Incorporación de las nuevas tecnologías en el comercio: Aspectos legales", Consejo General del Poder Judicial, España.

DE LA SIERRA FLORES, Ma. 2002, "Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación" , Editoriales de Derecho Reunidas, España.

DE LA SIERRA FLORES, Ma., 2002, "Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación", Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

De la Sierra Flores, Ma., 2002, "Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación", Editoriales de Derecho Reunidas, España.

DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, 1969, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", 8ª Edición. Porrúa, México.

ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, et al. (Coords.), 2002, "Soft Law", North-Holland, Amsterdam.

ESTRELLA FARIA, José Angelo, 2016, "The future of Contract Law Harmonization: A view from UNIDROIT", 35 years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration. Vol. 19. Editorial Eleven International Publishing. The Hage, Netherlands.

EVENETT, Simon J y STERN M. Robert. 2011, "Systemic Implications of Transatlantic Regulatory Cooperation and Competition", World Scientific Studies in International Economics. USA.

FANGFEI WANG, Faye, 2010, "Law of Electronic Commercial Transactions. Contemporary issues in the EU, US and China". Routledge Research in IT and E-Commerce Law, U.S.A.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, 2006, "Derecho de las nuevas tecnologías, La firma electrónica (Aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre)" Editorial Reus S.A., España.

FERRIS, David y WHIPPLE, Larry, 2000, "Building an Intelligent E-Business", Prima Publishing, Estados Unidos.

GARRO, Alejandro Miguel y ZUPPI, Alberti Luis, 1993, "Compraventa internacional de mercaderías", La Rocca, Argentina.

GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios. 2006, "Metodología Jurídica Epistémica". Fontamara. México.

GUADARRAMA GONZÁLEZ, Álvaro, 2004, "La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de derecho", Porrúa, México.

ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, 2007, "Los principios de la contratación electrónica, revisitados". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., España.

KRYCZKA, Katarzyna, 2005, "Electronic Contracts and the Harmonization of Contract Law in Europe-Am Action Required, A Mission Impossible?", *European Review of Private Law*, Volume 13 N°2, The Netherlands.

LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, 1998, "El UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado" *Revista de Derecho Privado*, Año 9, Número 27. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México

LÁZARO LAPORTA, Jorge, 2005, "Fundamentos de Telemática", Ed. De la UPV, España.

MARTÍNEZ NADAL, Apol-Lónia, 2002, "Comercio Electrónico, firma y autoridades de certificación", Civitas Ediciones. España.

MARTÍNEZ, Nadal, et al (Coords), 2007, "Atribución de responsabilidad al comerciante o a la entidad. Compilación Derecho Patrimonial y Tecnología". Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., España.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, 2000, "La prueba documental y los medios e instrumentos idóneo para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer documentos", La Ley, Madrid, España.

ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, 2010, "Contratación, Notarios y Firma Electrónica", Temis, Colombia.

ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, 2010, "Contratación, Notarios y Firma Electrónica", Colombia, Universidad de los Andes.

PAMPILLO Y MUNIVE, Coordinadores, Memorias del Congreso, 2013, "Globalización Derecho Supranacional e Integración Americana", Porrúa, México.

RAMBERG, C, 2004, "E-commerce", in: A. Hartkamp et alt. (eds), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Nijmegen.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick, 2006, "Contratación Electrónica", Centro Editorial Universidad del Rosario, Colombia.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. 1935, "Instituciones de Derecho Mercantil, Curso General", Reus, Madrid.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, 2010, "De los contratos Civiles", Porrúa, México.

SANTOS AZUELA, Héctor, 2000, "Teoría General del Proceso", McGraw-Hill Interamericana Editores, México.

SCHWENZER, Ingeborg, 2016, "35 years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration" Vol. 19, Editorial Eleven International Publishing, The Netherlands.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, 2010, "Derecho Informático", Cuarta Edición, Mac Graw Hill, México.

TÉLLEZ VALDÉZ. Julio, 2010, "Derecho Informático", Cuarta Edición, Mc Graw Hill, México.

VENEZIANO, Anna, 2016, "Beyond CISG: Agricultural Productions Under Contract", 35 years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration" Vol. 19. Editorial Eleven International Publishing. The Hage, Nederlandans.

FUENTES ELECTRÓNICAS

03/17 en CASTAÑEDA RIVAS, Norma, MORALES CHAINE, Ángel, PALOMINO GUERRERO, Margarita. "Derecho Hebreo", Jurídicas UNAM. Consultado: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/213/tyo/tyo10.pdf>

02/17 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, 39o periodo de sesiones. Nueva York, 19 junio a 7 julio 2006. "Posible labor futura en materia de comercio electrónico". Consultado:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/538/99/PDF/V0653899.pdf?OpenElement>.

03 /17 en LÓPEZ MELERO, Raquel, “Sobre los orígenes y el carácter de la compraventa en el mundo griego”, Consultado: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BE1Q2IRh1wJ:https://revistas.ucm.es/index.php/GERI/article/download/GERI8383110063A/14948+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx&client=safari>.

03/17 en GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, “La Lex Contractus en los contratos internacionales”, Jurídicas UNAM. Consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/7.pdf>.

04/13 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. Consultado: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:ES:NOT>

04/14 PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar, “El Contrato De Compraventa Internacional De Mercancías (Convención de Viena de 1980)”. Pace Law School. New York. USA. Consultado: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.

04/16 COBO ROMANÍ, Juan Cristóbal, “El concepto de tecnologías de la información. Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento”. Consultado: <http://www.ehu.es/zer/hemeroteca/pdfs/zer27-14-cobo.pdf>.

04/16 AMPICI, Asociación Mexicana de Internet, “Universo del Internauta Mexicano. Total 2012”. Consultado: <http://www.amipci.org.mx/?P=editomultimediafile&Multimedia=348&Type=1>.

04/16 DIGITAL ECONOMY RANKINGS 2010 BEYOND E-READINESS A REPORT FROM THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. Consultado:

http://graphics.eiu.com/upload/EIU_Digital_economy_rankings_2010_FINAL_WEB.pdf.

04/16 MASTERMAGAZINE. Consultado:
<http://www.mastermagazine.info/termino/6849.php>.

04/16 MEMOIRE ON LINE, TIC et GRH par Faical Zoubir et Kamal Lakhrif
Université Ibn Zohr, Master 2007. Consultado:
http://www.memoireonline.com/07/08/1408/m_TIC--et--GRH1.html.

04/16 OMC. Consultado:
https://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/technotes_s.htm

04/16 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Contribución al crecimiento del volumen del comercio mundial por regiones 2011-2015 Variación porcentual anual”. Consultado: https://www.wto.org/spanish/news_s/pres16_s/pr768_s.htm

04/16 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Consultado:
<http://lema.rae.es/drae/?val=telematica>

04/16 REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. “La firma electrónica y las entidades de Certificación Tesis de Doctorado”. Universidad Panamericana. 2002. Consultado:
<http://docplayer.es/4828735-La-firma-electronica-la-firma-electronica-introduccion.html>.

04/16 TELEMÁTICA. Consultado:
http://telematikamika.blogspot.mx/2012_01_01_archive.html.

04/16 VARGAS GARCÍA, Salomón, “La Contratación Electrónica En La Ley Federal Del Procedimiento Administrativo”. Consultado:
http://www.usmp.edu.pe/derecho/cedetec/art_rptinv/LA%20FIRMA%20ELECTRONICA%20COMO%20MANIFESTACION%20DE%20VOLUNTAD.pdf .

05/13 ESCOLASTICISMO, Filosofía de la Edad Media, cristiana, árabe y judaica, en la que domina la enseñanza de las doctrinas de Aristóteles, concertada con las

respectivas doctrinas religiosas. Real Academia de la Lengua Española. Consultado: <http://lema.rae.es/drae/?val=escolasistismo>

05/13 MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, José Miguel, "El testamento en el nuevo libro IV del Código Civil de Cataluña". Consultado: <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/2/jmmgg.htm>

05/13 REAL DECRETO LEY 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Consultado: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-18915>

10/13 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Consultado: <http://lema.rae.es/drae/?val=sociedad%20de%20la%20informaci%C3%B3n>

10/15 UNCITRAL, "Situación actual CCIM". Consultado: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

A4-498/98: VALVERDE, Iñigo, Informe del Sr. Cot sobre el documento COM(97) 626, "Legislar mejor", Resolución del Parlamento Europeo de 18.12.1998 (DO C 98 de 9.4.1999, p. 5, consultado 02/17 <http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/63/pyc633.htm>. Consultado 21.02.17

REVISTAS

CASTELLANI, Luca G., 2017, "The Electronic CISG That Already Is: UNCITRAL Text on Electronic Contracting"; The Electronic CISG 7th MAA Schlechtriem CISG Conference. International Publishing. 2017 The Hage, Netherlands.

LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, 1998, "El UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado" Revista de Derecho Privado, Año 9, Número 27. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, 2006 “¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica? Reflexiones en torno a la eficacia probatoria de la firma electrónica en la Ley 56/2003, 19 de diciembre, Publicada en la “Revista Jurídica de Catalunya”, Edición Número 3, Catalunya, España.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. “¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica? Reflexiones en torno a la eficacia probatoria de la firma electrónica en la Ley 56/2003”, 19 de diciembre, Publicada en la “Revista Jurídica de Catalunya”, Edición Número 3, Catalunya, España

ESTRELLA Faria, Bôas Zanellato, Natália y Beckert Isfer, Tiago, 2016, “The First Fling of Brazilian Companies at the CISG-What Should Foreigners Expect?”. CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives. International Commerce and Arbitration Volume 21, Eleven International Publishing, The Hague, Netherlands.

ESTRELLA Faria, José Angelo, 2016, “Another BRIC in the Wall: Brazil Joins the CISG”. CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives. International Commerce and Arbitration Volume 21, Eleven International Publishing, The Hague, Netherlands.

ESTRELLA Faria, José Angelo, 2016. “The Future of Contract Law Harmonization: A view from UNIDROIT”, 35 years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration. Vol. 19. Editorial Eleven International Publishing. The Hague, Netherlands.

TESIS

REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro, 2002, “La firma electrónica y las entidades de Certificación Tesis de Doctorado”, Universidad Panamericana.

NORMAS

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

Acuerdo general sobre el comercio de servicios.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Código Civil Federal.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Convención de Las Naciones Unidas Sobre los contratos de compraventa internacional de Mercaderías (CCIM).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información.

Estatuto Corte Internacional de Justicia.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI).

Organización Mundial del Comercio.

Apendice

Para conocer la situación actual de la aplicación de la CCIM y los efectos de los desarrollos tecnológicos y el comercio electrónico, en su aplicación. Se realizaron estancias de investigación en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) con sede en Roma; Italia, y a la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con sede en Nueva York; Estados Unidos de Norte América.

En la visita a Unidroit se plantearon los siguientes objetivos:

1. Analizar el marco institucional de UNIDROIT para la redacción de contratos en la compra y venta internacional de bienes, especialmente cuando están redactados a través de Tecnologías de la Información (TI) y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).
2. Los Principios UNIDROIT 2016, relativos a la redacción de Contratos Internacionales, incluida la compra y venta de bienes mediante el uso de la tecnología de la información (TI) y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).
3. Los Principios UNIDROIT 2010, relativos a la redacción de Contratos Internacionales, incluida la compra y venta de bienes mediante el uso de la tecnología de la información (TI) y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Además, identificar los instrumentos aplicables a la redacción de contratos de venta internacional de bienes a través de tecnología de la información.
4. Las Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales a través del uso de la Tecnología de la Información (TI) y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Identificar los

instrumentos aplicables a la redacción de contratos de venta internacional de bienes a través de tecnología de la información.

Se realizó trabajo de investigación documental y entrevistas al Presidente de Unidroit Dr. José Angelo Estrella Faria y a la Secretaria General Dra. Anna Veneziano, a quienes se les cuestionó su opinión sobre los objetivos planteado y respectivamente nos refirieron a los siguientes textos:

VENEZIANO, Anna, 2016. "Beyond CISG: Agricultural Productions Under Contract", 35 years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration" Vol. 19. Editorial Eleven International Publishing. The Hage, Netherlands.

ESTRELLA Faria, José Angelo, 2016. "The Future of Contract Law Harmonization: A view from UNIDROIT", 35 years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration. Vol. 19. Editorial Eleven International Publishing. The Hage, Netherlands.

ESTRELLA Faria, Bôas Zanellato, Natália y Beckert Isfer, Tiago, 2016, "The First Flance of Brazilian Companies at the CISG-What Should Foreigners Expect?". CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives. International Commerce and Arbitration Volume 21, Eleven International Publishing, The Hage, Netherlands.

ESTRELLA Faria, José Angelo, 2016, "Another BRIC in the Wall: Brazil Joins the CISG". CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives. International Commerce and Arbitration Volume 21, Eleven International Publishing, The Hage, Netherlands.

ESTRELLA Faria, José Angelo, 2016. "The Future of Contract Law Harmonization: A view from UNIDROIT", 35 years CISG and Beyond. International Commerce and Arbitration. Vol. 19. Editorial Eleven International Publishing. The Hage, Netherlands.

Así también asistimos a la 96ª Sesión de Consejo de Gobierno del 10 al 12 de Mayo de 2017, en la cual bajo el numero noveno de la agenda se trató el tema de

Ley de Ventas Internacionales: Preparación de un documento de orientación sobre textos existentes en el área de la legislación sobre ventas internacionales en cooperación con la CNUDMI y la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado. Agradeciendo al representante de México ante Unidroit Dr. Jorge Sánchez Cordero por sus atenciones y los valiosos comentarios a la presente investigación; así también a la Embajadora de México en Italia Martha Elena Federica Bárcena Coqui por todas sus atenciones.

De las actividades realizadas se obtuvo valiosa información que cumplió con los objetivos antes descrito, misma que se integró al presente estudio, y que en obviedad de repeticiones, se refiere en cada una de las citas respectivas y de la cual se anexa la carta invitación extendida por Unidroit; agradeciendo al Instituto y las atenciones del Presidente Dr. José Angelo Estrella Faria, a la Secretaria General Dra. Anna Veneziano y al cuerpo administrativo de tan prestigiosa institución que tuvo a bien recibirme para complementar la presente investigación.

En seguimiento al concierto internacional asistimos en representación de la Moot Alumni Association (MAA), a la 56ª Sesión de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Grupo de Trabajo IV, Comercio Electrónico, desarrollada en del 16 al 20 de Abril de 2016, en las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York; Estados Unidos de Norte América. En la que se trataron los temas relacionados a los contratos de computación de la nube y cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza. Agradeciendo a la MAA designarme para representar a la asociación en tan importante ocasión, en especial al Co-Presidente de Enlace Internacional M. en D. Dmytro Galagan por tan alta distinción.

En la que entrevistamos al Secretario General Dr. Luca Castellani (a quien con anterioridad se le consultó vía e-mail el veintitrés de febrero de dos mil diecisiete e-mail que se anexa al presente apéndice) quién nos refirió al texto de su autoría:

CASTELLANI, Luca G., 2017, "The Electronic CISG That Already Is: UNCITRAL Text on Electronic Contracting" The Electronic CISG 7th MAA Schlechtriem CISG Conference, International Publishing, The Hage Netherlands.

Mismo que fue analizado e integrado a la presente investigación, que en obviedad de repeticiones, se ruega se consulte a través de las citas correspondientes. Agradeciendo a la Dignataria de México M.en D. Ligia González Lozano, a quién le agradezco todas sus atenciones y sus comentarios a la presente investigación.

Ms Victoria ALVA LUGO
Camino Antiguo a Ahuatepec 34
Colonia Federación
Cuernavaca; Morelos.
MÉXICO C.P. 62294

Rome, 27 March 2017
INDRES/Mexico/2017

Dear Ms Alva Lugo,

I refer to your request to come as an Independent Researcher to the library of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

I am pleased to inform you that we will be happy to have you with us from Tuesday 2 to Wednesday 31 May 2017. I note that your research will be focussing on the CISG and the UNIDROIT international instruments in the formation of contracts, formed by the use of ICT.

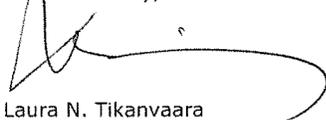
We are happy to help you with information and guidance with the available documentation in the library on the subject of your research. However, please note that this assistance is not to be understood as an academic follow-up, or tutoring as such. To this end, we recommend that you refer entirely to the supervision of your tutor in Mexico

All travel, living and other expenses related to your visit are exclusively your responsibility. You are also requested to take out a medical insurance for the period of your sojourn at UNIDROIT.

This letter constitutes our official invitation for any purpose for which it may be required.

Looking forward to meeting you, I am, with best wishes,

Yours sincerely,



Laura N. Tikanvaara
UNIDROIT Library
Internships & Scholarships
28, Via Panisperna
00184 Roma

+ 39 06 6962125
l.tikanvaara@unidroit.org
www.unidroit.org

MAA

Moot Alumni Association
國際商業模擬仲裁比賽舊生會

THE EXECUTIVE BOARD

Falco Kreis
Sherlin Tung
Rebeca Mosquera
board@maa.net

To

Ms. Anna Joubin-Bret
The Secretary, UNCITRAL
Vienna International Centre
P.O. Box 500
1400 Vienna
Austria

By email only

8 April 2018

**MAA Attendance to the 56th Session of UNCITRAL Working Group IV
(Electronic Commerce)**

Your Reference: LA/TL 133(20-11) 56st LC/akb

Dear Ms. Joubin-Bret,

Thank you very much for your invitation of March 2018 to the above session.

I am pleased to inform you that, on behalf of the Alumni Association of the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (MAA), the following persons will attend the above session from 16 to 20 April 2018 at the United Nations Headquarters in New York:

1. **Nino Patarai** <pataraia.ninia@gmail.com>
2. **Avital Shifman** <avital.shifman@gmail.com>
3. **Victoria Alva Lugo** <alva_victoria@hotmail.com>

Best regards,



Dmytro Galagan, LL.M.
Co-Chair of International Liaison

Postal Address

GPO Box 2216
Melbourne VIC 3001
Australia

Registered Address

Schimmelgasse 16/14
1030 Vienna
Austria

Represented by its Executive Board

Falco Kreis
Sherlin Tung
Rebeca Mosquera

Board of Advisers

Prof. Eric E. Bergsten
Prof. Louise Barrington
Björn Gehle
Colin J. Wall

Bank Account

Please use registered address.

Bank Austria (Austria)

Account holder:
„Moot Alumni Association“

From Austria:
Account number: 601 765 506
Bank code 12 000

International:
SWIFT/BIC: BKAUATWW
IBAN: AT36120000601765506

The "Alumni Association of the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot" (MAA) is a non-profit association ('eingetragener Verein'), established and existing under the laws of the Republic of Austria, registered with the competent Austrian authority at the Federal Police, District Vienna ('Bundespolizeidirektion Wien') with its registered address at Schimmelgasse 16/14, 1030 Vienna, Austria, and registry number **ZVR 563566309**. A registry excerpt can be obtained on-line from the Central Registry of Associations ('Zentrales Vereinsregister') maintained by the Austrian Federal Ministry for Internal Affairs at <http://zvr.bmi.gv.at/>

UNITED NATIONS COMMISSION ON
INTERNATIONAL TRADE LAW



COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria
Telephone: (43-1) 26060-4060 Fax: (43-1) 26060-5813
E-Mail: uncitral@uncitral.org Internet: <http://www.uncitral.org>

Ref: LA/TL 133(20-11) 56th LC/akb

March 2018

Dear Mr. Hasenstab,

In accordance with a decision taken by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) at its fiftieth session (Vienna, 3-21 July 2017), the fifty-sixth session of Working Group IV (Electronic Commerce) will be held at the United Nations Headquarters in New York from 16 to 20 April 2018. The session will open on Monday, 16 April 2018, at **10.30 a.m.**

I have the honour to invite your organization to attend the Working Group session as an observer, sending a delegation of up to five persons. In accordance with the practice established in UNCITRAL, your organization's delegation is invited to the session to represent the views of your organization on matters where it has expertise or international experience so as to facilitate the deliberations of the Working Group. Information about UNCITRAL rules of procedure and methods of work is available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/methods_documents.html.

In line with the decision of the Commission, confirmed at its fiftieth session (*ibid.*, para. 127), the Working Group is expected to consider the topics of contractual aspects of cloud computing as well as of legal issues related to identity management and trust services.

A copy of the annotated provisional agenda (A/CN.9/WG.IV/WP.147) is enclosed. The working papers for the session will be available on the UNCITRAL website (<http://www.uncitral.org>) in due course.

I should be grateful if you would kindly inform me **no later than 9 April 2018** whether your organization intends to attend the session of the Working Group and, if so, by whom it will be represented.

Prior to entering the United Nations building, delegates are required to report to the United Nations Pass and ID Unit (320 East 45th Street) so that they may be issued a grounds pass. All delegates must be able to present their national passport **and** a copy of the letter to the UNCITRAL Secretariat that states the names of your organization's representatives.

Please note that it would be appreciated if the above deadline is adhered to, in order to facilitate entry of your delegation to the United Nations Headquarters and avoid delays in completing security procedures.

Yours sincerely,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Anna Joubin-Bret'.

Anna Joubin-Bret
The Secretary
United Nations Commission on
International Trade Law

Mr. Sven Hasenstab
President
Alumni Association of the Willem C. Vis
International Commercial Arbitration Moot (MAA)
Email: "Sven Hasenstab" <ib@maa.net>
Cc: liaison@maa.net

Re: Question CISG and CEC

Luca CASTELLANI <luca.castellani@uncitral.org> en nombre de
UNCITRAL <uncitral@uncitral.org>

jue 23/02/2017 12:05

Para: VICTORIA ALVA LUGO <victoria.alval@uaem.edu.mx>;

Dear Ms. Alva Lugo,

Thank you for your message and the interest for UNCITRAL texts.

The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts is not automatically binding on CISG State parties. States need to become a party to the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts for that Convention to be able to interact at the treaty level with the CISG.

Kind regards.

International Trade Law Division
(UNCITRAL Secretariat)
United Nations Office of Legal Affairs
Vienna International Centre
A-1400 Vienna, Austria

Tel.: (+43-1) 26060-4060
Fax: (+43-1) 26060-5813
e-mail: uncitral@uncitral.org

▼ VICTORIA ALVA LUGO ---22/02/2017 18:05:20---Who it may concern: Good Morning!

From: VICTORIA ALVA LUGO <victoria.alval@uaem.edu.mx>
To: UNCITRAL/VIENNA/UNO@UNOV
Date: 22/02/2017 18:05
Subject: Question CISG and CEC

Who it may concern:

Good Morning!

This is Victoria Alva Researcher Profesor from Autonomus Morelos State University in Mexico. Im am studying the CISG and the formation of contracts by the implementation of the IT and ICT, I like to know if the United