



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

**PROTECCIÓN Y REGULACIÓN
DEL CONTRATO ELECTRÓNICO
EN MÉXICO
PARA LA EFICACIA DEL
COMERCIO INTERNACIONAL**

T E S I S
PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:

BRISA YUDINCA SOFÍA HERNÁNDEZ CARPIO



ASESOR: MTRO. AGUSTÍN EDUARDO CARRILLO SUÁREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO 2010.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ


DIRECCIÓN GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
PRESENTE

La alumna **HERNÁNDEZ CARPIO BRISA YUDINCA SOFIA** con número de cuenta **095511096** inscrita en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **"PROTECCIÓN Y REGULACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN MÉXICO PARA LA EFICACIA DEL COMERCIO INTERNACIONAL"** dirigida por el **MTRO. AGUSTIN EDUARDO CARRILLO SUAREZ**, investigación que, una vez revisada por quien suscribe, se aprobó por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción II del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes Profesionales, solicito de usted ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del examen profesional de la alumna mencionada.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes, contados de día a día, a partir de aquel en que le sea entregado el presente oficio, con la aclaración de que, transcurrido dicho plazo sin haber llevado a efecto el examen, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que sólo podrá otorgarse nuevamente, si el trabajo recepcional conserve su actualidad y en caso contrario hasta que haya sido actualizado, todo lo cual será calificado por la Secretaria General de la Facultad.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, a 27 de noviembre de 2009


DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA,
DIRECTORA DEL SEMINARIO



MEMYM/plr.

*Hay caminos que te llevan a la gloria
y caminos que te hacen glorioso.*

AGRADECIMIENTOS

A mi Madre, en primer lugar la pongo, por ser más que un motor, ser la gasolina que impulsa todo esfuerzo de vida. Por ser un ejemplo invaluable con todos sus actos que ha realizado desde que la vida le dio la gracia de existir.

A Dios, mi padre celestial, que me da luz y que su presencia, su esencia me fortalece para entregarme sin vacilar a cada encomienda y tarea que en la vida se me presenta. Que me dio la oportunidad de estudiar lo que me apasionaba en la vida y me permitió concluir una etapa importante para definir mi futuro.

A Verdi porque con su paciencia y con su amor siempre cuidó mis desvelos y me incitó a lograr el progreso.

A Clari por escucharme en los momentos de dificultad siendo un ejemplo de fortaleza y de confiabilidad.

Al ausente, pero no menos importante, mi Padre que en con su muerte me hizo llorar, pero me dio la oportunidad de tenerlo por siempre junto a mí.

Que no me heredó el intelecto, sino la pasión por la vida.

Que no me enseñó matemáticas, sino la cualidad de ser una persona de historia.

Que me hizo entender lo que es la vida después de la vida y me acoge en cada paso de mi vida.

A mi “virus” Davidrums, que es la gran vacuna que curó mis miedos y mis días en que pretendía dejarlo todo atrás

A Gaby y Jorge que con su amistad iluminan mi andar y con su amor fortalecen mis sueños.

A mis amigos, que no muchos pero sí los suficientes; que entendieron mis ausencias pero en silencio sabían que estaba entregada a un proyecto trascendental en mi vida y a pesar de mis descuidos se han mantenido junto a mí. En especial a Olga que como amiga y confidente fue un libro abierto para lograr mi meta y hoy por hoy es un ángel de luz.

A mis tíos, tías, primos, primas; a mi familia entera que aún sin saberlo han contribuido para que yo me haya formado en el pasar de los años y sea la persona que pudo expresar palabra a palabra las ideas precisas para obtener este grado.

A todos los que intervinieron en el logro de esta tarea, personal de la Facultad de Derecho que me otorgaron su tiempo y su apoyo a cada paso, en cada trámite. Y a mis jurados que sé que dedicarán su tiempo para que lleguemos a la cumbre de este trabajo y pondrán su empeño y su tiempo para que en su última etapa lleguemos juntos a lograr la meta.

A los vivos y a los muertos; todos aquéllos que confiaron que algún día lograría superar esta tarea, que sabían que aunque el tiempo no fue el estipulado por las leyes, fue el que la vida me marcó.

A la Dra. María Elena Mansilla y Mejía que puso sus ojos en mi investigación, me orientó, me guió y me apoyó para que se finalizara este trabajo con prontitud y de manera exacta y que con su dedicación me enseñó que los logros dependen del empeño que uno ponga en cada labor.

Al Maestro en Derecho Agustín Eduardo Carrillo, que dejo en último lugar porque los últimos siempre serán los primeros. No por ser el menos importante muy por el contrario por ser la pieza más trascendental en esta tarea. Por su paciencia y su buen juicio, por sus correcciones y orientaciones, por sus comentarios oportunos y por el tiempo que le robé para dirigirme mi tesis. ¿Qué casualidad nos unió? No lo sé, pero Dios sabe que fui muy afortunada.

A mi casa de estudios, a esta universidad de primer mundo, mi UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, formadora de hombres, creadora de mentes y cobijo de todos nosotros que estamos hambrientos de conocimiento y que en cada momento apoya mis sueños y mis pasos, que me ha dado la fortuna de ser una más que se siente dignificada por haber pasado por sus aulas.

Biyu Carpio

2010.

ÍNDICE

	Introducción	1
1	Comercio electrónico	3
	1.1. Antecedentes	4
	1.2. Clases de comercio electrónico	12
	1.3. Beneficios del comercio electrónico	14
2	Naturaleza jurídica del contrato electrónico	20
	2.1. Contrato de adhesión	32
	2.2. Definición de contrato electrónico	36
	2.3. Regulación del contrato electrónico en México	39
	2.3.1. Formación del contrato	40
	2.3.2. Formalidades para la celebración del contrato	45
	2.3.3. Firma electrónica	45
	2.3.4. Información del proveedor	51
	2.3.5. Lugar de celebración	52
	2.3.6. Ejecución del contrato	53
	2.3.7. Medios de pago	54
3	Modelos legislativos que regulan el comercio electrónico en otros países	57
	3.1. Comercio electrónico en Latinoamérica	57
	3.1.1. Comercio electrónico en Argentina	57
	3.1.2. Comercio electrónico en Colombia	70
	3.1.3. Comercio electrónico en Chile	83
	3.2. Comercio electrónico en España	94
	3.3. Comercio electrónico en Estados Unidos de Norteamérica	111
4	Modelos legislativos de derecho internacional privado en materia de comercio electrónico	115
	4.1. Legislaciones de aplicación internacional	116

4.2.	Ámbito de aplicación de la legislación internacional	116
4.2.1.	Ley Modelo de la CNUDMI — Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho mercantil internacional— sobre Comercio Electrónico cuya finalidad es únicamente recomendar a los Estados acoger estas disposiciones en su derecho interno	116
4.2.2.	Ley Modelo de la CNUDMI — Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho mercantil internacional— sobre Firmas Electrónicas	118
4.2.3.	Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, 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—	118
4.2.4.	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	120
4.2.5.	Directiva 2002/58 de 12 de julio de 2002, sobre tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas	121
4.2.6.	Directiva 95/46/CE Tratamiento de datos personales	121
4.2.7.	Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades	122
4.2.8.	Convenio de Roma de 1980 Sobre	

	la ley aplicable a las obligaciones contractuales	122
4.2.9.	Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940	124
4.3.	Consentimiento —oferta y aceptación—	124
4.4.	Lugar de celebración del contrato electrónico	129
4.5.	Firma electrónica	131
4.6.	Valor probatorio	135
4.7.	Formas de pago	136
4.8.	Protección al consumidor	136
4.9.	Protección de datos	137
5	Conclusiones	140
6	Bibliografía	142

INTRODUCCIÓN

El interés principal de este proyecto de tesis se enfoca al estudio del comercio electrónico por su trascendencia en las transacciones comerciales que las han llevado a un nivel internacional, cuya influencia ha derivado en una importante apertura de las fronteras económicas y en un aumento en el intercambio a nivel mundial. El éxito de las operaciones comerciales de la actualidad, está sumamente determinado por la calidad del bien o servicio que se desea comercializar; sin embargo este hecho ya no representa un punto medular dentro del proceso de transacción, porque lo que le da valor a dichas operaciones es la agilidad y efectividad de la operación, es decir la rapidez con la que se obtiene el bien o servicio.

Como herramienta efectiva de las operaciones comerciales, los medios electrónicos han resultado de gran importancia. La globalización y los nuevos caminos internacionales que se han delineado en el comercio, hacen del uso de medios electrónicos una herramienta primordial de operación en tiempo real, lo cual ha derivado en un aumento de las relaciones comerciales tanto en el ámbito nacional como internacional.

Ahora bien, la importancia en el estudio de las operaciones realizadas a través del comercio electrónico, radica en la gama de ventajas derivadas del uso de las herramientas computacionales de hoy. No obstante, el desarrollo e intercambio comercial con base en medios cibernéticos se ha visto mermado debido a un factor humano de incertidumbre y temor que se ha traducido en un crecimiento pausado de este tipo de comercio y ha significado barreras para su expansión.

Esta reserva tiene fundamento en el desconocimiento de los métodos, como en la percepción de inseguridad que tienen los usuarios sobre los medios electrónicos; por ello, es de vital importancia establecer seguridad jurídica que permita a los usuarios acceder a estos medios sin miedo, al tener el respaldo legal para su protección.

Esta investigación tiene la finalidad de establecer bases dentro del cuerpo de la legislación mexicana para el óptimo funcionamiento de este tipo de transacciones, al lograr obtener información derivada de resultados comparativos frente a legislaciones extranjeras, así como de usos y costumbres las cuales, al ser insertadas en nuestras leyes, permitan que el usuario acceda a los medios electrónicos para realizar operaciones comerciales, beneficiándose de la rapidez y comodidad que aquellos implican, y así brindar seguridad a sus transacciones y otorgar confianza en dichos procedimientos.

Debemos participar de estas ventajas al reducir al mínimo los riesgos que su manejo pueda implicar. Por ello es que el interés de esta investigación se aboca a establecer los lineamientos requeridos dentro de la Legislación Mexicana para la operación ágil y efectiva del comercio electrónico en México con flexibilidad de concordancia hacia prácticas internacionales.

CAPÍTULO 1

COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio debe entenderse como la actividad que se realiza para poner los bienes y servicios en el mercado al alcance de los consumidores, toma en cuenta las situaciones del mercado, las necesidades del consumidor, la manera en que se debe publicitar el producto y la disponibilidad del mismo.

Estos son factores que deben considerarse como razones para el desarrollo del denominado Comercio Electrónico.

Para entender este tema debemos remitirnos a lo que significa el Comercio definido por el maestro Cervantes Ahumada quien dice: *“La actividad comercial es una actividad de intermediación en la producción y el cambio de bienes y de servicios destinados al mercado general. El comerciante, o produce bienes para ofrecerlos a consumidores del mercado general o adquiere bienes para intercambiarlos, o sea para ofrecerlos a quienes los necesitan; o crea organizaciones para ofrecer servicios al público”*.¹

Al agente que ejerce el comercio se le denomina comerciante y es la persona, física o moral, que ejerce el comercio como una actividad habitual, tal y como lo señala el artículo 3° del Código de Comercio².

ARTÍCULO 3. Se reputan en derecho comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;*
- II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;*
- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.*

¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, Primer Curso, México, Porrúa, 2004, pág. 2.

² Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 1889, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

Los extranjeros también están considerados agentes de comercio bajo nuestra legislación.

ARTÍCULO 13. Los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros

El Comercio Electrónico se identifica por los medios de comunicación de datos y por los canales utilizados para las transacciones. La Doctora Ana I. Piaggi señala que “se entiende por comercio electrónico al conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen. Es un sistema global que utilizando redes informáticas y en particular Internet permite crear un mercado electrónico (operado por computadora y a distancia) de todo tipo de productos, servicios, tecnologías y bienes e incluye todas las operaciones necesarias para concretar operaciones de compra y venta, matching, negociación, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (aranceles, seguros, transportes, etc) y banking de apoyo; todo ello en condiciones de seguridad y confidencialidad razonables”.³

1.1. ANTECEDENTES

El comercio se ha desarrollado por etapas, que resulta importante analizar porque establecen los factores que llevaron a la creación del comercio electrónico.

El comercio tiene sus inicios desde las civilizaciones como la babilónica, fenicia, china, japonesa, hindú, egipcia, griega y romana; en donde una de sus características fue que el comercio era local, entre personas de la misma comunidad y su forma de pago era

³ PIAGGI, Ana I., “El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires N° 23, julio/septiembre 1999, pág. 77 y ss.

mediante el trueque; sistema mediante el cual se adquiriría un bien a cambio de entregar otro que significara un valor similar⁴.

Las relaciones comerciales se expandieron con las vías de navegación marítima que se acrecentaron para encontrar nuevos caminos de comercio⁵.

Uno de los sistemas más reconocidos fue el trueque, que fue uno de los más avanzados por usar pesas para la medición de los productos. El comercio en esta etapa era muy local, se realizaba entre personas de la misma comunidad y su forma de pago era mediante el trueque; sistema mediante el cual se adquiriría un bien a cambio de entregar otro que significara un valor similar⁶.

El trueque, por definición es: *“...cuando se adquiere la propiedad de un bien y se entrega otro en pago de su valor. También es trueque cuando más de la mitad del valor del bien adquirido se paga mediante la entrega de otro bien y la menor parte (menos de la mitad), se paga en efectivo”⁷.*

El código de Manú del siglo XI antes de Cristo, es la legislación que marca esta etapa, y se basaba en normas relativas al transporte de mercaderías, navegación fluvial, arrendamiento de naves, flete y préstamo a la gruesa⁸.

A Egipto se le conoció un sistema de moneda que consistía en poner en uno de los platillos de la balanza los metales preciosos y en el otro piedras que determinarían su valor. Grecia comenzó a expandir su comercio en el siglo VI antes de Cristo por la gran

⁴ Cfr. CASTRILLÓN LUNA, Víctor M., la recodificación sustantiva del derecho mercantil, Revista Derecho Privado, Novena Época, Año III, Número 7, Enero-Abril 2004, pág. 7.

⁵ Cfr. QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. Ciencia del derecho mercantil. Teoría, doctrina e instituciones, Porrúa, México, 2002, pág. 47.

⁶ Cfr. CASTRILLÓN LUNA, Víctor M., la recodificación sustantiva del derecho mercantil, Op. Cit., pág. 7.

⁷ RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro, Introducción al derecho mercantil y fiscal, Editorial Limusa, Noriega, México, 2004, pág. 21.

⁸ Cfr. Íbidem. Pág. 50 y 51.

competencia que refería Cartago. La legislación que se rescata de esta época es la formación de derecho consuetudinario que dio lugar a las codificaciones. Los griegos son los fundadores del derecho bancario, aunque lo tenían contemplado fuera de la normatividad mercantil⁹.

Manifiesta la maestra Quintana Adriano¹⁰ que los romanos por ser los pioneros en la construcción de caminos para efectos militares y rutas marítimas y fluviales, usaron éstos para expandir su actividad comercial. Más que productores se convirtieron en un mercado abierto de productos diversos, debido a que eran el centro de distribución de los productos. Apareció la moneda y el crédito, al utilizar los fundamentos del derecho bancario que manejaron los griegos.

Los grandes logros comerciales que los romanos obtuvieron dieron paso a la ampliación en el volumen de los intercambios y la extensión de la zona geográfica. Al expandirse su comercio y rebasar fronteras se vieron en la necesidad de regular estas actividades a fin de determinar procedimientos para dirimir controversias. Su derecho se desarrollaba otorgándole al Pretor facultades suficientes para adaptar el derecho a la realidad.

Inicia en el siglo XV, en Europa, en el seno de las corporaciones de mercaderes, basado en sus usos y prácticas, en las negociaciones que realizaban y en la forma en que resolvían sus controversias¹¹.

De acuerdo con las investigaciones de la maestra Elvia Arcelia Quintana Adriano encontramos que poco a poco la situación comercial se tornó un tema político a la par que la Ciudad aparecía; esto originó la creación de mercados, los que atendían la actividad comercial local, y las ferias encargadas del comercio internacional.

⁹ Cfr. RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro, Introducción al derecho mercantil y fiscal, Editorial Limusa, Noriega, México, 2004, pág. 53 y 54.

¹⁰ Cfr. QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. Ciencia del derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 54 a 56.

¹¹ Cfr. QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. Ciencia del derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones, Op. Cit., pág. 6.

Los primeros que establecieron por escrito sus normas fueron los mercaderes marítimos, basándose en sus costumbres, también crearon sus propios tribunales consulares y nombraron a sus árbitros como cónsules. Las decisiones que estos tribunales consulares tomaron se reunieron y crearon las primeras colecciones de normas de derecho mercantil, las de gran importancia pasaron a convertirse en estatutos y ordenanzas.

El derecho en esta época regula los actos realizados por los sujetos que se dedican al tráfico de mercancías y cuentan con su inscripción en la *universitas mercatorum*. Entre los países más destacados en esta materia encontramos a España, Alemania y Francia que aportaron diversos estatutos.

En el siglo XV el comercio europeo tomó gran auge, los navegantes españoles, holandeses y portugueses abrieron vías marítimas de Europa a América¹².

La legislación mercantil de Francia estaba incluida en la de derecho civil, situación que con el paso del tiempo fue separándose para obtener su independencia. El elemento más importante en esta etapa de codificación y regulación del derecho mercantil fue el Código Napoleónico o Código de Comercio Francés de 1807; que desligaba la importancia de las personas que ejercitan el comercio, dejándolo abierto para todos los actos de comercio sin darles un lugar de élite a los comerciantes¹³.

Para 1854 se promulga el primer código de comercio en México conocido como Código Lares que tuvo vida hasta 1883 cuando se le dio carácter federal a la materia mercantil y se promulgó el Código de Comercio de 1884 y la Ley de Sociedades Mercantiles de 1888.

¹² Cfr. RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro, Introducción al derecho mercantil y fiscal, Editorial Limusa, Noriega, México, 2004, pág. 22.

¹³ Cfr. PINA DE VARA, Rafael de, Elementos de derecho mercantil mexicano, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 9

La forma regular en que se dieron a conocer las normas mercantiles en esta época fueron las conocidas codificaciones.

Una de las características importantes que hicieron desarrollarse al comercio fue los medios de comunicación por tierra, mar y aire; así como la creación de organizaciones como la de Naciones Unidas que se dio a la tarea de regular la actividad comercial¹⁴.

Es de hacer notar que los avances tecnológicos resultan un medio trascendental para la modificación en las formas de comerciar. Esto se observa en esta era del conocimiento, como se le conoce al siglo XXI, con los cambios en la empresa transformándola en virtual, y de esta manera se da lugar el comercio electrónico —e-commerce—¹⁵.

Es de destacar que la creación de las computadoras abrió el camino para que la información fluyera de manera más rápida y, en el principio, las ventajas observadas fueron la facilidad de guardar información en menores espacios y la capacidad de poder transmitirla con todas sus cualidades.

La creación de la internet es el paso inicial para la apertura del comercio electrónico, sin este sistema, las comunicaciones del e-commerce serían un simple sueño en nuestras mentes.

Posteriormente las universidades vieron las ventajas que implicaba la internet en cuanto a los tiempos y costos de comunicación. Este sistema resulta ser muy barato, y como no hay búsqueda de ganancia sino de eficiencia, todos se ven beneficiados en su utilización¹⁶.

¹⁴ Cfr. PINA DE VARA, Rafael de, Elementos de derecho mercantil mexicano, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 10

¹⁵ Cfr. Idem, pág. 62 y 63.

¹⁶ PINA DE VARA, Rafael de, Elementos de derecho mercantil mexicano, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 9.

Estos sistemas se transportaron a ámbitos que descubrieron sus ventajas y por ello las actividades comerciales comenzaron a ver los beneficios que implicaban estas redes de comunicación.

Para el año 1920 se da un gran paso y se inicia en Estados Unidos la venta por catálogo, que consistía en poner las fotografías de los productos. Se hace más fácil, entonces, la forma de hacer llegar la información sobre los artículos al consumidor, y la manera de conocer los insumos, así se evita ir a los establecimientos y además se puede llegar a diversos lugares aunque se encuentren muy alejados del local. El total éxito de este método se vio fortalecido con la aparición de la tarjeta de crédito que llevó a que este tipo de operaciones se vieran totalmente favorecidas, ya que por un lado el producto se daba a conocer en la comodidad del hogar del consumidor, y el pago también se podía realizar sin trasladarse. Se perfeccionó este tipo de venta con la ayuda del teléfono, mediante el cual se hacía el pedido¹⁷.

Después de la venta por catálogo, a través de la televisión, aparece el intercambio electrónico de datos, en adelante EDI; que la ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional relativa al comercio electrónico, en adelante Ley Modelo de la CNUDMI¹⁸.

La Doctora Ana Piaggi define al EDI como: *“la comunicación de computadora a computadora con intercambio de información en formatos predeterminados; constituye un sub-tipo en la tecnología de las comunicaciones electrónicas e incluye: videotextos, compras telefónicas, entornos “off-line” (ventas por catálogo a través de CD-ROM) e-mail, facsímil, telex y sistemas de imágenes ópticas, que se trasladan del documento papel a impulsos electrónicos transmisibles a velocidad digital, envío “on-line” de contenidos digitales, transferencias electrónicas de fondos, comercio electrónico de acciones y*

¹⁷ Cfr. DE LA GUARDIA, Carlos, La evolución del comercio electrónico, en Revista Razón y Palabra, No. 20, Noviembre 2000 a Enero 2001, consultada en la página de Internet

http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/antiores/n20/20_cguardia.html

¹⁸ Ley modelo sobre comercio electrónico, texto adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 29º periodo de sesiones, 28 de mayo a 14 de junio de 1996, Nueva York, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

*opciones comerciales, compras gubernamentales, marketing directo y servicios post-venta*¹⁹.

El EDI es un correo electrónico pero con mensajes estandarizados, es decir se rige por formatos creados para cada operación que las partes han aceptado contemplar en sus operaciones de manera voluntaria. Es importante hacer notar que el uso del EDI implica sólo la homologación del formato. Las áreas que comenzaron a utilizar este sistema fueron: la industria automotriz, supermercados, industria del transporte aéreo y el sector bancario²⁰. El principio base es la operación entre sujetos de diferentes empresas.

El EDI ha implicado un gran avance en el comercio porque se ha observado como principal ventaja el ahorro de tiempo y dinero en la operación. En principio porque la transmisión de la información es inmediata, y además la captura de la misma es en una sola ocasión, tiempos reducidos por ende y el margen de error de los datos se hace menor. Otro aspecto importante es la mejora en la atención al cliente ya que a menores errores en los datos y tomar en cuenta la rapidez de la transmisión de información se atiende con mayor eficiencia a los consumidores²¹.

Desprendido del factor de capturar la información una sola vez también implica ahorros en tiempo y documentos impresos ya que la base de datos reduce las necesidades de duplicidad y cualquier persona la puede consultar y de esta manera evitar tener múltiples copias de la misma para las diversas áreas que utilizan esos datos. EDI es en una de las ventajas más importantes para las empresas que es la reducción de inventarios, motivación de alto impacto para su adherencia en los procesos comerciales.

¹⁹ PIAGGI, Ana. El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios, en Revista de la Facultad, Buenos Aires, Septiembre 1999, págs. 190 y 191.

²⁰ Cfr. MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto de, Derecho privado de internet, 2da edición, Madrid, 2001, págs. 27 y 28.

²¹ Cfr. Op. Cit., págs. 191 a 196.

Como consecuencia comercial la implementación del EDI da como resultado que si una de las partes ya usa este sistema requerirá que su contraparte se sume a su manejo; por lo que el crecimiento se presenta en efecto dominó. Y este paso se está da al valorar las ventajas que su uso implica en las operaciones comerciales.

En 1989 los sistemas computacionales evolucionaron en Ginebra, Suiza originándose el servicio de www —world wide web o en español Telaraña Global—, esto significó un sistema muy amigable por su facilidad de acceso, ya que el conocimiento que el usuario necesita para entrar es mínimo en cuanto a cuestiones computacionales se refiere Debido a sus características las compras comenzaron a realizarse mediante este sistema apoyándose en el uso de la tarjeta de crédito para el cierre de la venta²².

La web tiene como ventaja que permite interactividad ya que se pueden transmitir textos, gráficos, música e imágenes. El uso de la computadora en las actividades diarias, el desarrollo de estas tecnologías y de las telecomunicaciones hizo que las negociaciones comenzaran a realizarse y se usarán como medio esta herramienta desarrollándose así el comercio electrónico.

De acuerdo a Ernesto Rengifo García el comercio electrónico se define como: *“el intercambio de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles. Este intercambio de datos o información puede ser multimedial o consistir en imágenes, textos y sonidos”*²³.

En resumen es intercambiar bienes y servicios de un lugar a otro, sin la presencia de las partes en el mismo establecimiento y se utiliza como herramienta una computadora. Es

²² Cfr. GÓMEZ SEGADE, José Antonio, Comercio electrónico en internet, 1ª edición, Marcial Ons, España, Madrid, Barcelona, 2001, pág. 104.

²³ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica, Editorial Universidad externado de Colombia, Segunda edición, Colombia 2002, pág. 16.

por esto que el comercio electrónico resulta ser el uso de la tecnología para hacer más efectivas las transacciones comerciales.

Se logra así más cercanía con los consumidores sin importar el área geográfica en donde se encuentren localizados y encontrar a los proveedores que mejor convengan a los intereses de las empresas o personas.

Un ejemplo de las ventajas y bajos costos que puede implicar el uso del comercio electrónico lo encontramos en las editoriales, quienes además de entregar de manera inmediata el producto se ahorran en costos de papel y de almacenamiento de los libros; mismo formato que actualmente emplean las disqueras y la industria del cine y videos.

1.2. CLASES DE COMERCIO ELECTRÓNICO

De acuerdo a las diversas actividades empresariales que se han gestado es como se han dados tipos de transacciones vía medios electrónicos, que Marcos Altamirano describe en su artículo Comercio Electrónico²⁴, de la siguiente manera:

La clasificación más común que encontramos en este rubro es:

Empresa con consumidor —Business 2 Customer—: relación creada entre la empresa y el último consumidor, es cuando el consumidor compra directamente de un portal de la red. En términos generales hablamos de una venta directa. La empresa opera dándole acceso al consumidor a catálogos de productos online para que pueda hacer sus pedidos; el pago se realiza por los medios tradicionales como lo son: la transferencia, contra reembolso, cheque o bien de manera electrónica con la tarjeta de crédito o pago por móvil.

²⁴ ALTAMIRANO, Marcos, Comercio Electrónico, en Boletín Tres, Febrero 2004, consultado en Octubre 2009, <http://www.tress.com.mx/boletin/febrero2004/comercio.htm>.

Para lograr este tipo de ventas se han instalado las llamadas tiendas virtuales mediante las cuales se oferta el producto y toda la operación se lleva a cabo electrónicamente, es decir desde poner el producto a la vista, hacer el pedido, hasta realizar el pago.

Otra modalidad de este tipo de comercio son las subastas virtuales, aquí el bien se muestra por Internet y las pujas se llevan a cabo a través de estos portales.

Empresa a Empresa —Business 2 Business—: relaciones generadas de empresa a empresa; facilita la elaboración de las órdenes de compra, la recepción de facturas y finalmente la obtención del pago. Utilizan generalmente el sistema EDI debido a sus formatos y unificación de información.

Se refiere a compra de productos de uso diario en la empresa como lo son papelería, boletos de avión, material informático y en general todos aquellos insumos que son indispensables para el funcionamiento de cada día; así también se toman en cuenta en este tipo de comercio la adquisición de materias primas necesarias para la producción.

- a. Comercio entre consumidores —Customer 2 Customer—: es el que se lleva a cabo entre consumidores directamente y puede ser a través de correo electrónico o tecnología Peer to Peer que es la transmisión de información que se realiza sin necesidad de red fija; los usuarios se conectan a una red creada a la cual se tiene acceso sin limitantes; son comúnmente observadas para transmisión de archivos de audio, video, texto, software, y datos en cualquier formato digital—. La forma en que más se observa este tipo de comercio es en donde una parte pone su oferta en un portal de Internet y se consigue la operación mediante el pedido online. La forma de pago puede variar desde tarjeta de crédito, que es poco común en estas operaciones, a las más comunes que son dinero electrónico o e-cash. Un ejemplo muy conocido de este tipo de intercambio es el portal de mercadolibre.com

Consumidor/Empresa a Gobierno: mediante el cual los gobiernos realizan operaciones y mantienen comunicación con los consumidores y empresas.

Su presencia obedece a la necesidad de facilitar los trámites que se tienen que realizar con la Administración Pública; entre los más comunes, pago de impuestos, declaraciones y trámites de seguridad social.

1.3. BENEFICIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Heriberto Simón Hocsman nos refleja las ventajas del comercio electrónico en su obra *Negocios en Internet*²⁵.

En el comercio tradicional existe el elemento indispensable de relaciones de mutua confianza que es lo que da garantías en la negociación. El soporte legal y financiero referido a los pedidos, presupuestos y facturas otorga seguridades a las partes. Así mismo se cuentan con sistemas de pago como la letra, el cheque y las transferencias bancarias.

Es importante hacer notar que se han utilizado medios electrónicos o de telecomunicación para facilitar los contactos y comunicaciones; pero en este sistema toda manifestación de voluntad y acción en los procesos se realiza de manera directa, parte frente a parte, con documentación física y entregas de persona a persona.

Manifiesta el maestro Heriberto Simón: *“El comercio electrónico es un concepto jurídico que presenta una serie de particularidades y dificultades. La primera de ellas se evidencia a la hora de tratar de definirlo, al intentar diferenciarlo del comercio tradicional, clasificarlo e inducir sus características tipificantes. También se pueden apreciar desajustes*

²⁵ Cfr. SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, *Negocios en internet*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 9 y 10.

*normativos en materia tributaria, en los conflictos de leyes, en la resolución de controversias, en aspectos de la propiedad intelectual y en material contractual*²⁶.

El nuevo giro que el comercio ha dado, es una ventana hacia la evolución en los procesos. Permite la creación de intercambios comerciales y omite la necesidad de relaciones preliminares entre las partes para cada transacción. El acercamiento entre las partes se establece al momento en que cada una establece relaciones con la red, sin necesidad de la presencia de la otra parte. Factor del que se desprende esa enorme necesidad de contar con seguridades en el momento de acceder a estos medios.

Los nuevos sistemas electrónicos implementados en el comercio han tenido gran éxito por las numerosas ventajas que de ellos se desprenden. Esto se entiende mejor al explicar algunos casos.

De las ventajas para el cliente tenemos la facilidad de encontrar productos, se agiliza además el poder comparar los precios del bien o servicio sin la necesidad de recorrer varios establecimientos, le genera un satisfactor al usuario, quien podrá elegir el producto con mayor facilidad, comodidad y en los términos que más convengan al consumidor.

El maestro Miguel Ángel Sarasa López señala: *“Las ventajas del comercio electrónico son evidentes. El comprador puede ver de manera rápida todo el escaparate electrónico y no tiene que ir tienda por tienda en busca del producto deseado. Se optimiza también el tiempo de atención al cliente, que no tiene que esperar largas colas para ser atendido*²⁷.

Los precios mejoran para el cliente porque los proveedores abaratan sus costos al beneficiarse del uso de los medios electrónicos. Así mismo la calidad mejora debido a que

²⁶ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, Negocios en internet, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, págs. 9 y 10., pág. 3.

²⁷ SARASA LÓPEZ, Miguel Ángel, Criptografía digital, fundamentos y aplicaciones, editorial Presas Universitarias de Zaragoza, España 1998, pág. 32.

la competencia resulta muy alta bajo este sistema. El cliente se beneficia porque obtiene un buen precio, así como una entrega rápida y eficiente.

En este apartado haremos una anotación de gran importancia y esto se refiere a que a través de la implementación de los sistemas electrónicos el proveedor puede tener acceso a los clientes de manera directa, al implicar ventajas para dicho consumidor porque al evitar a los intermediarios los costos bajan a favor del comprador.

Tal y como lo apunta el maestro Simón Hocsmán cuando señala: *“...En segundo lugar, se destaca la reducción de costos obtenida mediante este proceder, pues desaparecen los intermediarios y se logra evitar costos en comisiones y otros gastos”*²⁸.

En cuanto a las ventajas para la empresa, pueden realizar transacciones masivas a través del sitio web que coloquen en la red. La atención al cliente mejora a gran escala, porque se permite dar respuesta inmediata, presentar información y soluciones a dudas en tiempos muy cortos. Aunado a que siempre se tiene acceso a la información porque se evitan los contratiempos de tener a los ejecutivos en otras llamadas o teléfonos ocupados o cuestiones de horarios de trabajo de las empresas.

Por las facilidades que otorga la red, la colocación de las empresas en nuevos mercados es cuestión de unos cuantos clicks, y así se abren posibilidades de expansión a nivel mundial; y se dejan de lado los obstáculos geográficos.

Los costos en publicidad y promoción se reducen de manera evidente, por dos cuestiones: primero porque los precios de un portal en la internet son considerablemente más bajos que los espacios en radio y televisión; y en segundo lugar, porque la cantidad de usuarios de los sistemas electrónicos aumenta de manera considerable día a día. La cultura de la búsqueda de productos y servicios vía Internet se ha tornado la forma

²⁸ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, *Negocios en internet*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág.10.

cotidiana; por ello el carecer actualmente de un portal en la web resulta tan ineficaz como la ausencia de teléfonos en dicha empresa; a esto sumamos que debido a este crecimiento del uso del Internet los consumidores confían más en empresas que cuentan con una página en la red, porque les da prestigio y reconocimiento.

La obtención de clientes para una empresa resulta tan importante como mantener cautivos a los que ya han mantenido relaciones comerciales con la compañía. El uso de la web es un método idóneo ya que se logra un diálogo asincrónico y se mantiene unidas a ambas partes entre sí; se permite al cliente solicitar toda la información que desee.

Otra característica del uso del internet es que ayuda a mantener a los clientes o conquistar a los nuevos prospectos, permite obtener información relevante de ellos, y apoyo a un mejor servicio; además sirve de vínculo para hacer llegar información sobre productos y servicios al cliente, cubre aspectos de publicidad y promoción a un costo considerablemente bajo, porque se requiere diseñar un solo mensaje que podrá enviarse a un número ilimitado de correos electrónicos.

Por ello el maestro Sarasa señala: *“Por su parte el vendedor también se beneficia, puesto que puede ofertar sus productos sin necesidad de mostrarlos físicamente al comprador. Otras ventajas del comercio electrónico son las siguientes: 1) Reduce los retrasos gracias a la velocidad de transmisión; 2) Disminuye el ciclo de producción, creando mercados más competitivos; 3) Hace posible la igualdad de trato a los clientes independientemente de sus características individuales: nacionalidad, lugar de residencia, etc.; 4) Amplía de forma considerable el mercado potencial de las empresas; 5) Faculta a las pequeñas y medianas empresas el acceso a mercados que de otra manera tendrían vetados por su elevado coste”*²⁹.

De lo anterior también se desprende el beneficio que se genera de esa posibilidad de publicidad masiva sumada a la facilidad de revisar las respuestas a las ofertas enviadas.

²⁹ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, *Negocios en internet*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág.10.

Sin olvidar la expansión de posibilidades porque el mercado deja de estar limitado a las fronteras; esto debido a que los medios electrónicos acercan los productos a clientes potenciales alrededor de todo el mundo. Con esta manera sencilla y costo menor de contactar a los clientes potenciales y la eliminación de las demoras en las etapas de los subprocesos empresariales la implementación de esta tecnología resulta un éxito comercial para las empresas.

A nivel administrativo, los procesos se agilizan al cambiar los documentos físicos por información almacenada, que evita papeleos, espacios ocupados por miles de papeles y la facilidad de acceder a la información³⁰.

La productividad del negocio se aumenta como consecuencia de permitir horarios más amplios, es decir que las tiendas virtuales pueden estar abiertas las 24 horas del día, los 365 días del año, e incrementan sus posibilidades de ventas contra los establecimientos que tienen horarios determinados y el cliente sólo puede solicitar el bien o servicio dentro de esos rangos de tiempo; y así limita el mercado del consumidor que sólo puede hacer compras en los horarios en que están cerradas dichas empresas.

Un ejemplo al alcance de nuestros ojos que evidencia las ventajas que nos presenta la implementación del comercio electrónico es la empresa *Amazon* que se dedica principalmente a la venta de libros, discos compactos, películas, software, videojuegos y electrónica. Las ventas que ha realizado actualmente son de dos millones de libros al año aproximadamente, y han sido un dato de gran importancia porque representa diez veces más de lo que una librería comúnmente vende³¹.

³⁰ Cfr. HERNÁNDEZ, Oscar. La globalización, el comercio electrónico y Venezuela en el nuevo milenio, Caracas, Venezuela, 8 de abril de, Biblioteca electrónica de Caracas – Venezuela, consultado en Octubre 2009, Disponible en:

<http://www.analitica.com/bitbliblioteca/ohernandez/globalizacion.asp>

³¹ Cfr. HERNÁNDEZ, Oscar. La globalización, el comercio electrónico y Venezuela en el nuevo milenio, Caracas, Venezuela, 8 de abril de, Biblioteca electrónica de Caracas – Venezuela, consultado en Octubre 2009, Disponible en:

Si esta empresa utilizara los métodos tradicionales de ventas se vería limitada o tendría que invertir grandes cantidades de dinero para lograr atender todas estas demandas en tiempo y forma, además de que tendría que contar con grandes almacenes para tener toda la mercancía disponible.

Ya habíamos comentado de las ventajas que se obtienen cuando se tiene contacto con los clientes, así, el internet es hoy por hoy, una herramienta eficaz para estar cerca de los consumidores, conocer sus gustos y necesidades y poder presentarles las nuevas promociones y ofertas de la empresa.

Pues en esto también ha innovado *Amazon*, ya que ha establecido en su portal un espacio en donde los usuarios pueden hacer comentarios, leer sinopsis y dar opiniones sobre los libros; otro de los aspectos que ofrece son entrevistas en línea con los autores de los libros³².

<http://www.analitica.com/bitlioteca/ohernandez/globalizacion.asp>

³² Cfr. Idem.

CAPÍTULO 2

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Es importante hacer notar lo que es un contrato, sus elementos y consecuencias que crea para entenderlo hay que ir de lo general a lo particular; ya que nuestra legislación entiende como convenio la parte inicial del origen de las obligaciones.

El artículo 1792 del Código Civil Federal³³ establece a la letra: *“Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”*.

El legislador divisó estas posibilidades decidió darle a los contratos un efecto más limitado y particular, por lo que lo definió en el artículo 1793 del Código Civil: *“Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”*.

Una de las situaciones a considerar respecto a los contratos es entender que al contratar las partes tienen la libertad de decidir, primero el realizar la operación, en segundo lugar las condiciones para obligarse, situación discutible en los contratos de adhesión, que más adelante analizaremos.

Esta voluntad está basada en el principio constitucional que garantiza la libertad trabajo, de industria y de comercio contemplada en el artículo 5° de nuestra Carta Magna³⁴.

³³ Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

³⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

En este artículo encontramos varios elementos dignos de hacer notar. Primero que nada se presenta la libertad de contratar cuya única condición es respetar la ley de la oferta y la demanda.

También vemos reflejada la libertad igualitaria, que simplemente se refiere a buscar que las partes actúen en igualdad de condiciones; ya que en muchos casos se observa que por la ignorancia o extrema necesidad de adquirir un bien de primera necesidad, las condiciones se vuelven desfavorables para el requirente. En estos casos la ley establece medidas de protección y saneamiento para evitar estas injusticias y abusos de poder al contratar.

El maestro Sánchez Medal señala, en su obra, dos tipos de justicia igualitaria:

“Justicia individual y correctiva, mediante una sentencia judicial que en caso particular enmienda el desequilibrio de las dos prestaciones, decretando la nulidad del contrato de que se trate o reduciendo a sus justos límites la desproporción de las prestaciones”³⁵. Aplica para los casos de lesión, que analizaremos en el futuro de esta investigación.

En segundo lugar menciona: *“Justicia colectiva y preventiva, merced al establecimiento de leyes imperativas o de interés social o de orden público, (2448) tendientes a proteger a la parte débil, pero no a éste o aquel contratante individual en un concreto y particular contrato, sino a toda la masa o categoría de personas que celebren un determinado contrato considerado en abstracto, de ahí la adecuada adopción del nombre de justicia igualitaria colectiva; y cuyas normas a la vez sirven ya no para remediar en una sentencia judicial los efectos inequitativos de la desigualdad económica de las partes y reponer el equilibrio roto de las recíprocas prestaciones, sino que son el medio para impedir en una ley general tales efectos inequitativos antes de que se produzcan, de ahí la atinada denominación de justicia igualitaria preventiva”³⁶.*

³⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, teoría general del contrato, contrato en especial, Registro Público de la Propiedad, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 7.

³⁶ Ibidem, pág. 7.pág. 8.

En todos estos casos, el Código Civil es el marco de protección directo para los contratantes; sin embargo en la actualidad contamos con la Ley Federal de Protección al Consumidor, que a decir del maestro Sánchez Medal su función es: *“La función normal y más efectiva de la Procuraduría y de sus Delegaciones y Subdelegaciones consiste en recibir y tramitar las reclamaciones o quejas que le presenten los consumidores (arts. 99 a 116) y de acuerdo con ellas, en proponer y exhortar a que las diferencias entre proveedores y consumidores se resuelvan en una conciliación mediante convenios aprobados por dichos órganos administrativos, pudiendo tal conciliación llevarse a cabo hasta por vía telefónica u otro medio idóneo, pero que posteriormente se plasme por escrito en el convenio respectivo (art. 111)”*³⁷.

Los contratos contienen elementos que las legislaciones han adoptado, precisamente para proteger derechos, hacerlos más eficientes y otorgar seguridades en su celebración. La teoría de las obligaciones contempla tres tipos de elementos que son de existencia, de validez y de eficacia; como los principales³⁸.

*“Los elementos de existencia son dos elementos que conjuntamente debe tener un acto jurídico para ser contrato, de manera que la ausencia de cualquiera de estos dos elementos impide que haya contrato”*³⁹. En este grupo encontramos el consentimiento y el objeto.

El consentimiento es *“el acuerdo de dos o más voluntades que tiende a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir, efectos de Derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación externa”*⁴⁰.

³⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, teoría general del contrato, contrato en especial, Registro Público de la Propiedad, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 14.

³⁸ Cfr. Idem, pág. 25.

³⁹ Ibidem, pág. 25.

⁴⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; Derecho de las obligaciones, 15 edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 267.

Este consentimiento debe observar cierto elementos, como son: una voluntad real —de la cual carecen los menores, ebrios, hipnotizados, drogados y dementes— Se habla también de una voluntad seria y precisa, referida a que deben eximirse las promesas hechas de broma o en situaciones de juego. La voluntad debe exteriorizarse, ya sea de forma verbal, por escrito o por signos inequívocos; esta condición dependerá del contrato que se celebre, porque hay algunos que exigen una formalidad determinada para considerar que la voluntad ha sido expresada. Y finalmente debe tener un determinado contenido, que en nuestro derecho se refiere a que la intención sea declarada y dirigida; ésta dirección puede ser obligada hacia una persona, para que surta efectos, o bien poder dirigirse a cualquier persona⁴¹.

En cuanto al acuerdo de voluntades, referido a la conciencia sobre la negociación. Los artículos 1812, 1813 y 1814 del Código Civil Federal, señalan que cuando se carece de este elemento nos encontramos en un *error* ya sea sobre el objeto cosa o sobre la clase de contrato.

El consentimiento se ve reflejado, en las negociaciones, mediante la oferta y la aceptación que dan nacimiento al contrato, y que analizaremos debido a que su perfeccionamiento es piedra angular para determinar la validez del mismo.

La oferta es *“una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que enuncia los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad”*⁴².

⁴¹ Cfr., SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, teoría general del contrato, contrato en especial, Registro Público de la Propiedad, Op. Cit., pág. 27.

⁴² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; Derecho de las obligaciones, 15 edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 269.

En esta definición se desglosan varios elementos como lo es el hecho de considerarse una declaración unilateral de voluntad ya que se tiene la obligación de mantenerla hasta que se cumpla el plazo para la aceptación.

Así mismo se señala que es recepticia, debido a que es necesario que la reciba la persona a la que va dirigida. Puede hacerse de manera expresa cuando se le dice de manera verbal o por escrito; o bien por signos indubitables.

Debe ser determinada o indeterminada porque puede ir dirigida a toda una comunidad y cualquiera poder aceptarla.

También es necesario que enuncie los elementos esenciales del contrato a celebrarse y precise qué se quiere celebrar y cuáles serán los elementos objeto de ese contrato. De igual forma hacerse de forma seria y con el ánimo de cumplir, con esto se obliga tanto a mantener firme la oferta, como a cumplir los términos en caso de que sea aceptada.

Finalmente, y no menos importante, pero por su importancia se dejó en última instancia de estos elementos, está la situación de que la oferta puede hacerse a persona presente o ausente; elemento trascendental por lo que hay que distinguir la oferta entre presentes de la que se realiza con ausentes, debido a que los términos y condiciones para la aceptación cambian; en virtud de considerar que la contraparte debe tener el tiempo necesario para externar su voluntad. La determinación de si el contrato es entre ausentes o presentes es relevante porque soluciona dos problemas: primero la situación de los plazos, en segundo lugar la imposibilidad de verificar visualmente la capacidad del cocontratante⁴³.

Cuando la oferta se hace entre presentes, la aceptación, cuando carece de plazo, debe ser inmediata. El artículo 1805 del Código Civil Federal, señala que la oferta entre presentes es la que se realiza cuando las personas están frente a frente y también la que se hace mediante teléfono, fax transmitido por teléfono o cualquier otro medio electrónico,

⁴³ Cfr. GRAHAM, James A., El derecho internacional privado del comercio electrónico, Editorial Themis, 1ª edición, México, 2003, pág. 11.

óptico de cualquier tecnología mediante la cual la respuesta pueda darse de manera inmediata.

Para los casos de uso de telégrafo, persiste la regla, siempre y cuando las partes, con anterioridad a la celebración del contrato, hayan acordado que éste sería el medio para recibir la comunicación. Así lo señala el artículo 1811 del Código Civil Federal; así mismo con base en el artículo señalado, queda claro que los medios electrónicos son considerados un mecanismo de contratación que carece de una formalidad estricta para su validación.

Para los casos de ofertas entre ausentes, respetarán el plazo que se fije para la espera de la respuesta, en caso de que carezca de señalamiento de tiempo se seguirá la regla que establece el artículo 1806 del Código Civil de referencia, al mantener la oferta por tres días adhiriendo el tiempo que sea necesario para ir y volver el correo público, y al faltar éste se tomará en cuenta la distancia y facilidades o dificultades para hacer llegar la información.

Es de hacer notar que la aceptación debe ser lisa y llana, ya que en caso de contener alguna modificación a la oferta, se considerará como una contraoferta y será necesario realizar el procedimiento de oferta y aceptación de nueva cuenta; tal y como lo establece el artículo 1810 del Código Civil Federal.

En cuestiones de oferta entre ausentes, resulta de relevancia identificar el momento y el lugar en que se realizó el contrato; debido a que el lugar determinará el tribunal que conocerá de la interpretación y cumplimiento de las obligaciones. Y el momento es relevante para saber si existía capacidad para contratar, ya que podría darse el caso de

que al día podría ser capaz pero en el momento de contratar existía alguna condición de incapacidad⁴⁴.

Entramos en materia de determinar cuándo se perfecciona el contrato. Ya que el solo hecho de mandar la respuesta es insuficiente, para considerar que el contrato ha quedado celebrado, como cuando entre presentes sería al momento en que ambos firman el documento.

La aceptación es el mecanismo a través del cual se complementa el consentimiento; por ello es relevante hacer notar la definición de la misma, al observar lo señalado por el maestro Gutiérrez y González, que dice que es: *“una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un Sí”*⁴⁵. En el caso de la aceptación, a diferencia de la oferta, debe dirigirse a persona determinada; es decir, sólo se puede hacer hacia la persona que hizo la oferta.

La cuestión de ser lisa y llana, tiene gran relevancia, ya que si existe alguna modificación en cuando a las bases, ya que si hay de más o menos, se considerará una nueva oferta, y se trata de que la aceptación sea una adhesión a las condiciones de la oferta.

La aceptación se considera una declaración unilateral de la voluntad debido a que quien la manifiesta queda obligado, bajo los tiempos y condiciones que establecen los artículos 1804 al 1811 del Código de Comercio Federal.

En la teoría de los contratos se consideran cuatro tipos de reconocimiento de la aceptación para efectos del perfeccionamiento de la negociación, tal y como lo señala el

⁴⁴ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, teoría general del contrato, contrato en especial, Registro Público de la Propiedad, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 31.

⁴⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 15 edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 276.

maestro Sánchez Medal, cuando distingue la de la declaración, la de la expedición, la de la recepción y la de la información⁴⁶.

En el caso del de la declaración, consiste en el momento en que el destinatario acepta; sistema que queda fuera de nuestro sistema legal, debido a que conlleva el riesgo de hacer difícil probar que la aceptación fue hecha por determinada persona y podría llegar a revocarse⁴⁷.

El sistema de la expedición establece que el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante de la oferta pone en el correo o manda a alguien con la respuesta a entregarla al oferente. Este sistema está referido en el Código de Comercio en su artículo 80 y sólo lo prevé el Código Civil en los casos de donación en su artículo 2340.

El Código Civil Federal se rige por la teoría de la recepción, tal y como lo dicta el artículo 1807, en donde el contrato es perfecto al momento en que el oferente recibe la aceptación, aunque no haya leído el contenido.

Para el caso de la teoría de la información, consistente en recibir y leer la información, en ninguna de nuestras leyes es contemplada⁴⁸.

Dentro de la materia del consentimiento, es relevante hacer notar que las partes pueden nombrar a un tercero que participe en su nombre para determinar uno de los elementos del contrato o bien el contenido del mismo.

⁴⁶ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 15 edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 292.

⁴⁷ Cfr. Ibidem, pág. 293.

⁴⁸ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 15 edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 294.

Ahora pasaremos a señalar los elementos de validez los cuales son necesarios para que el contrato tenga efectos jurídicos y que son como a continuación se enumeran⁴⁹: capacidad, forma, ausencia de vicios y objeto lícito.

Estos requisitos están señalados en el artículo 1795 del código civil federal cuando establece las condiciones de invalidación de los contratos.

La capacidad *“es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales”*⁵⁰.

El Código Civil Federal reconoce esta capacidad tanto para el hombre como para la mujer al establecer en su artículo 2: *“La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles”*. De este precepto observamos que la capacidad es para todos reconocida, aunque veremos algunas excepciones, que no tienen que ver con el género.

La capacidad de goce es, la adquirida desde el nacimiento es regida por el artículo 22 del Código Civil Federal donde se señala que: *“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”*.

Los casos declarados por la ley para señalar incapacidades de goce son:

⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, teoría general del contrato, contrato en especial, Registro Público de la Propiedad, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 25.

⁵⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 35.

1. Los extranjeros carecen de capacidad para ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles en la zona prohibida; señalado en el artículo 27 constitucional.
2. El artículo 2280 de este ordenamiento señala a los tutores, mandatarios, albaceas, representantes del ausente y empleados públicos carecen de capacidad para adquirir la propiedad en una compra venta de los bienes que estén bajo su administración o a su encargo.
3. Los ministros de los cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que pertenezcan, carecen de facultades para heredar de aquellas personas que han sido auxiliadas espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado, así señalado por el artículo 130 constitucional. Y en el artículo 27 de ese mismo ordenamiento se establece limitativamente sus capacidades para adquirir, poseer o administrar bienes, que deberán ser únicamente los indispensables para su objeto.
4. Las instituciones de beneficencia también tienen limitada su capacidad al decirse en el artículo 27 fracción II constitucional, que *“no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él”*.

En cuando a la capacidad de ejercicio es, la que permite llevar a cabo sus derechos y contraer obligaciones, la ley determina casos especiales para acceder a dicha posibilidad.

El artículo 24 y el 647 del Código Civil Federal establecen el primer requisito para adquirir la capacidad de ejercicio al señalar que con ser mayor de edad se podrá ejercer ese derecho y establece los 18 años como edad.

En contraposición con lo expuesto el artículo 23 del Código Civil señala que las personas que carecen de capacidad de ejercicio directa lo serán los menores de edad y las personas en estado de interdicción, quienes podrán ejercer algunos derechos mediante representantes a fin de salvaguardar sus derechos; sin olvidar las limitantes propias de su condición.

El artículo 450 del código civil federal señala específicamente dos casos de incapacidad de ejercicio que es para los menores de edad y para los disminuidos o perturbados de su inteligencia que impide que se gobiernen por sí mismos.

Hay casos de excepción en que los menores de edad adquieren capacidad de ejercicio, que es en la llamada emancipación definida como “*Acción y efecto de emancipar o emanciparse*”⁵¹.

Nuestra legislación sólo reconoce al matrimonio de menores como el único método para obtener la emancipación, tal y como lo señala el artículo 641 del código civil federal.

Hay que hacer notar que esta emancipación da ciertas libertades al menor, sin embargo hay actos que la ley determina que requieren de autorización para realizarse, basados en su condición especial de capaz, así regulado en el artículo 643 del Código Civil.

Los artículos 25 y 27 del Código Civil Federal establece quiénes son consideradas personas morales y sólo pueden ejercer sus derechos y contraer obligaciones a través de un representante.

La falta de capacidad al contratar produce nulidad relativa, debido a que este tipo de protección va direccionada sólo a los intereses particulares de los individuos, señalado así en los artículos 2228 y 2230, y sólo la puede invocar el afectado⁵².

⁵¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Tomo I, Madrid, 2001, pág. 800.

⁵² Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007, pág. 39.

El siguiente elemento de validez que analizaremos es la forma, la cual se refiere a cumplir con ciertos lineamientos para reconocer al contrato; lo puede ser la manera de manifestar la voluntad o los medios a través de los cuales debe cumplirse el contrato.

Como principio de la contratación se defiende la libertad de las partes para ello, y deja a su elección las formas y medios para contratar; sin embargo al analizar la legislación encontramos que casi todos los contratos ya contienen disposiciones de formalidad, que sólo obedecen al afán del legislador por obtener mayores seguridades para las partes, dotar de precisión a las obligaciones y evitar, con ello, controversias⁵³.

Así observamos que el artículo 1832 y el 1796 dotan de estas bases otorgándoles libertad a las partes para establecer las condiciones de contratación y concede al consentimiento fuerza suficiente para perfeccionar el contrato. Estos artículos están respaldados por los artículos 78 y 79 del Código de Comercio.

Se comienzan a dar limitantes a esa libertad de contratación, al establecer casos particulares en que hay que observar reglas para la contratación, o mejor dicho para que el acto resulte válido, como lo hace el artículo 1833 del Código Civil que señala que para que el contrato sea válido cuando se exige una determinada forma, ésta debe acatarse.

La forma reviste tres opciones: solemnidad, formalidad y consensualidad, que determinan qué tan estricta será la forma para determinado acto⁵⁴.

El caso de la forma Solemne es cuando *“...la ley exige una —y no otra diferente— manera específica y determinada de exteriorizar el consentimiento, para que se*

⁵³ Cfr. Ibidem, 31.

⁵⁴ Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007, págs. 32 y 33.

*produzcan ciertos y determinados efectos, los cuales no se producirán si no se cumple esa forma*⁵⁵.

En cuanto a la formalidad es cuando “...*la ley exige una manera específica y determinada de exteriorización del consentimiento que pretende una mayor seguridad y prueba de las operaciones, pero que si no se cumple con esa exigencia, de todas maneras se producen los efectos previstos por la norma; aun cuando éstos podrían llegar a ser nulificados por la falta de esa formalidad*”⁵⁶.

Las disposiciones del código civil federal son de aplicación para materia de comercio en lo que se refiere a capacidad, excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos, así lo dispone el artículo 81 del Código de Comercio.

El artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor⁵⁷ señala la obligación de determinar veracidad en los anuncios, evitar confusiones que hagan caer en error.

2.1. CONTRATO DE ADHESIÓN

El contrato de adhesión nace de una necesidad comercial. El comercio se ha expandido de manera rápida y la necesidad de rebasar fronteras ha hecho importante la aparición del comercio electrónico.

Para regular este comercio ha sido importante buscar hacer los contratos de manera rápida y eficiente; así encontramos en el contrato de adhesión esa solución. El Estado ha intervenido en vigilar estos contratos a fin de que las empresas, que son las que

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Ibidem, pág. 32.

⁵⁷ Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

determinan las condiciones, eviten abusar del consumidor, que estaría en una situación de desventaja.

Nuestra legislación establece la definición de este contrato en la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su artículo 85 en donde establece como lineamientos especiales la elaboración unilateral por parte del proveedor, que sea en idioma español y con caracteres legibles; y respete siempre condiciones proporcionadas y equitativas a fin de evitar cláusulas abusivas o contrarias a la ley.

En la doctrina encontramos una definición que contempla los aspectos esenciales de este tipo de negociación, señalándose que *“El contrato por adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento, en que una de las partes ofrece e impone los términos del contrato a la otra, de tal modo que esta última se limita a aceptarlos o rechazarlos íntegramente sin poder alterar su contenido, excluyéndose de esta forma su negociación”*⁵⁸.

Al simplificar la definición encontramos, por análisis de Ricardo Sandoval, que el contrato de adhesión es: *“aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”*⁵⁹.

El contrato de adhesión ha sido atacado sobre su naturaleza jurídica de contrato, ya que algunos lo consideran como una declaración unilateral de la voluntad y otros, por su parte, defienden la teoría de que se trata de un contrato en todos sus términos.

⁵⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, Contrato por adhesión Ley No. 19.496, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, Chile, 2002, pág. 24.

⁵⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, Derecho comercial, contratos mercantiles, reglas generales, compra venta, transporte, seguro y operaciones, 5ta edición, Tomo III, Volumen 1, colección Manuales Jurídicos, Santiago de Chile, 2003, pag. 42.

Mauricio Tapia Rodríguez⁶⁰, determina la diferencia entre estas dos posiciones llamándolas Teorías normativistas y Teorías contractualistas que a continuación se explican:

- a) Teorías normativistas. Toma a la voluntad expresada como un estatuto al cual la voluntad de los demás debe someterse pura y simplemente. Y por ello la expresión de voluntad de cada una de las partes no está vinculada sino que son actos jurídicos unilaterales independientes entre sí.
- b) Teorías contractualistas. Considera que efectivamente existe un consenso de voluntades porque la voluntad se manifiesta de manera pura y simple. Aunque aparentemente no se negocien las cláusulas sí hay una manifestación de consentimiento, que es un elemento de formación del contrato; por tanto se valida la formación de este contrato de adhesión.

En su obra, Mauricio Tapia, reconoce que este contrato implica una reducción en el costo ya que para elaborarlo, el documento ya está listo, sólo hay que llenar algunos espacios y que cualquiera puede representar a la empresa para realizar la contratación, porque las condiciones ya están establecidas, se carece de negociación, y se evita necesitar intermediarios preparados en áreas específicas del derecho; y por otro lado existe seguridad jurídica porque se regulan condiciones generales que establecen condiciones de protección para la parte más débil de la negociación, en la búsqueda constante de mantener un equilibrio razonable entre las prestaciones, y que la técnica a que se recurre para cautelarlos es el orden público de protección⁶¹.

Respecto al punto de la seguridad jurídica se ve garantizado el consentimiento porque al adherente se le permite conocer las condiciones del contrato y con ello se encuentra en posibilidad de aceptar libremente el contrato con las cláusulas que en él se dispongan; para asegurar la protección mediante la sanción de nulidad en caso de vulneración de dichas disposiciones generales⁶².

⁶⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, Contrato por adhesión Ley No. 19.496, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, Chile, 2002, pág. 26, 27 y 28.

⁶¹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, Contrato por adhesión Ley No. 19.496, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, Chile, 2002, pág. 42

⁶² Ibidem, pág. 33.

Para efectos de entender la voluntad de las partes, el legislador ha considerado el mecanismo para interpretar las cláusulas nacientes del contrato de adhesión, a fin de evitar confusiones o de subsanarlas y así entorpecer la voluntad original. De esta manera concluimos que *“la interpretación del contrato por adhesión debe limitarse a la determinación del alcance de las obligaciones de las partes, siendo absolutamente inadmisibles que se pretenda por este medio sustituir su voluntad, ni aún bajo la excusa de restablecer un equilibrio razonable”*⁶³.

Del artículo 86 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, podemos desprender los elementos que se requieren para que el contrato sea válido: escrito en español, redactado con caracteres legibles a simple vista, que las prestaciones eviten ser desproporcionadas a cargo del consumidor y omitir cualquier cláusula inequitativa o abusiva.

Existen casos específicos en que el contrato de adhesión deberá ser registrado, de acuerdo a lo que la propia ley en comento con base en las normas oficiales mexicanas; esto con base en lo dispuesto por el artículo 86 de la mencionada ley.

Los artículos 86 QUARTER, 87, 87 BIS, 87 TER, 88 y 89 de la ley antes mencionada regulan las condiciones para el registro que se resumen de la siguiente manera:

- Cuando el contrato se registre deberán acatarse totalmente las disposiciones puestas en el modelo, cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado y el utilizado serán tomadas por no puestas.
- El tiempo de respuesta que tiene la Procuraduría es de 30 días a partir de ingresada la solicitud; la falta de contestación se tendrá por aceptado el registro.
- En caso de pretender modificaciones al contrato modelo, deberá realizarse el mismo trámite como el de registro primario.

⁶³ Ibidem, 45.

- Los contratos que deban registrarse y sea omitido este trámite, no producirán efectos ante los consumidores.
- La Procuraduría Federal del Consumidor, podrá publicar modelos de contratos, para lo cual el proveedor podrá simplemente notificar que utilizará dichos documentos y deberá ser aplicado tal y como fue publicado.
- En caso de que los contratos carezcan de la obligación de ser registrados, pero el proveedor desee hacerlo, la Procuraduría podrá aceptar el trámite.

Nuestra legislación hace mención a las cláusulas abusivas, con una descripción muy simple en el artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor al señalar: *“Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley”*.

Así podemos observar que toda aquella cláusula que ponga en desventaja o implique un desmérito para el consumidor o parte débil de la relación será invalidada debido a que la legislación considera que al tratarse de un contrato que en el que las cláusulas están definidas sin poder realizarse cambios sobre ellas éstas deben ser equitativas y evitar dañar los intereses del consumidor.

2.2. DEFINICIÓN DE CONTRATO ELECTRÓNICO

Entendemos por contrato electrónico, *“el intercambio telemático de información entre personas que da a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles”*⁶⁴.

Es de hacer notar que el contrato electrónico refiere a las operaciones mercantiles que se realizan a través de los medios electrónicos, los cuales anteceden a la aparición del

⁶⁴ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, *Negocios en Internet*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 78 y 79.

internet mediante las redes electrónicas cerradas, y que utilizan los mensajes de datos, tales como las aplicadas en el ámbito bancario y del mercado de valores⁶⁵.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico en su artículo 2° inciso a), define al mensaje de datos al decir: *“Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, óptimos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax...”*

Este concepto es retomado por nuestra legislación en el artículo 89 del Código de Comercio, que es menos extensa que la definición original, pero guarda la esencia en ella establecida. *“Mensaje de datos: la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”*

La ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico define en su artículo 2 inciso b) lo que son los sistemas de intercambio electrónico de datos como sigue: *“Por “intercambio electrónico de datos (EDI)” se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”.*

En el sistema cerrado EDI las partes se conocen previamente, ya que se antes de la celebración del contrato, se tuvieron que conocer los sujetos para pactar el uso de este medio para sus operaciones comerciales. En cambio en el sistema abierto Internet las partes se ven eximidas de esta obligación de pacto previo, por lo que al momento de realizar las operaciones comerciales son sujetos desconocidos uno para el otro⁶⁶. Le llamaríamos a esto una ventaja para el EDI y desventaja para el Internet por la situación de la garantía de conocer a la parte con quien se contrata.

⁶⁵ Cfr. DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto, Derecho del comercio electrónico, Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 2005, pág. 61.

⁶⁶ Cfr. DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto, Derecho del comercio electrónico, Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 2005, págs. 62 y 63.

La segunda diferencia importante es que en el sistema cerrado garantiza las formalidades para el envío y recepción de los mensajes, debido a que en el EDI se establecen formatos previos para las operaciones, con lo que el grado de error para el envío así como las seguridades en la transacción están plenamente custodiadas. A diferencia del Internet que permite infinidad de modalidades, situación que hace desconfiar a los usuarios de que sus datos estarán plenamente resguardados y la operación será validada y garantizada⁶⁷. Nuevamente encontramos una desventaja del Internet frente al EDI.

Finalmente otra de las características relevantes de estos sistemas consiste en el acceso que se tiene a ellos. Es decir, en el EDI son limitadas las partes que pueden acceder, ya que deberán estar reconocidas previamente para el uso del sistema, a diferencia del Internet que cualquier persona tendrá acceso, lo que representa una ventaja para el Internet frente al EDI y que ha determinado el gran éxito que representa para el comercio mundial actualmente⁶⁸.

En nuestra legislación se ha aperturado la operación mercantil al Internet, al permitir que se realicen las operaciones sin necesidad de acuerdos previos, esto desprendido de lo observado en el artículo 1811 párrafo segundo, del Código Civil federal en donde las propuestas y aceptaciones realizadas por medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología están exentos de la obligación de pacto previo.

El comercio mediante redes cerradas es muy limitado debido a los sujetos que acceden a él y a los bienes y servicios que se transfieren a diferencia del Internet que contempla dos tipos de comercios: el indirecto referido a los bienes y servicios en que su entrega se realiza a través de la red sin soporte físico o mediante información digital, y el comercio directo que es aquél en el que es indispensable una entrega física del bien⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. Ídem.

⁶⁸ Cfr. DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto, Derecho del comercio electrónico, Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 2005, págs. 62 y 63.

⁶⁹ Cfr. Ibidem, págs. 64 y 65.

La categoría de contrato electrónico se da por cumplir la condición de la participación de los medios electrónicos en alguna de las etapas de celebración, cumplimiento de contraprestaciones o por el documento en el que se materializa, o bien en todas las etapas⁷⁰.

Consideramos que se considera contrato electrónico por su nacimiento bajo el siguiente criterio: “...*El contrato electrónico puede adquirir tal forma sólo en la faz de su nacimiento, ya que las contraprestaciones y las obligaciones pueden cumplirse de manera material y no telemática...*”⁷¹.

En cuanto a la fase de cumplimiento, la condición se cumple en este ejemplo: “...*También nos encontramos frente a los contratos que, si bien no surgen en forma electrónica, sus contraprestaciones se cumplen de esa forma (v.gr., un contrato de seguro cuyas primas se pagan con tarjeta de crédito por Internet...*”⁷².

La forma se cumple a pesar de que carezca de un soporte material en su formación. El método se actualiza en tanto la obligación debe realizarse sin poner de pretexto que el documento existe en un formato electrónico ya que la obligación surgió por una oferta y aceptación realizada por medio de mensajes de datos, perfeccionándose su nacimiento⁷³.

2.3. REGULACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN MÉXICO.

Nuestra legislación se ha mantenido modernizada conforme la materia en comercio electrónico avanza, sin embargo las reformas que hemos tenido han sido muy limitadas porque aún faltan temas por considerar y regular.

⁷⁰ Cfr. SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, *Negocios en Internet*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 80.

⁷¹ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, *Negocios en Internet*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 80.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

En el año 2000 se hicieron las primeras reformas en materia de comercio electrónico modificándose varios ordenamientos como lo fueron el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para todo la República en materia Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor. Ya para el año 2003, sólo se hicieron reformas al Código de Comercio para actualizar las disposiciones y hacer nuevas consideraciones que no estaban contempladas en la primera reforma.

Básicamente nuestra legislación establece las reglas de formación del contrato electrónico, las formalidades de existencia, la información que deberá dar el proveedor para garantizar sus operaciones, el lugar de celebración, la protección al consumidor, la ejecución del contrato, medios de pago y uno de los principales temas que es la firma electrónica.

2.3.1. Formación del contrato.

La expresión de la voluntad es el elemento principal en la formación de los contratos, considerándosele un elemento de existencia del contrato, tal y como lo establece el artículo 1794 del Código Civil Federal.

Sin que esta disposición haga obligatoria una observancia determinada para su expresión, ya que se otorga libertad absoluta para la manifestación de la misma; así lo vemos reflejado en el artículo 78 del Código de Comercio en donde la validez de los contratos queda eximida de requisitos o formalidades determinados:

En el mismo sentido el artículo 1796 del Código Civil Federal reconoce el perfeccionamiento de los contratos por el mero consentimiento, con excepción de los casos en que la ley establece una formalidad para su validez. A manera de complementar estas dos disposiciones, en el año 2000 se hizo una reforma al artículo 1803 del Código

Civil Federal mediante el cual se reconoce como consentimiento expreso el manifestado por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Es aquí en donde debemos hacer una mención importante, y es que al considerar a los medios electrónicos como método de expresión de la voluntad se abarca más que el simple envío de mensaje de correo⁷⁴. Hay modalidades en internet como son el *click-wrap* y el *browse-wrap* mediante los cuales se puede manifestar el consentimiento, al hacer más amplio el campo de la aceptación⁷⁵.

El contrato click-wrap “se trata de una página en html o xml que muestra al usuario los términos del convenio. Al final de la página se encuentran dos casillas: una que dice “Sí, acepto los términos” y otra que dice “No, no acepto los términos”. Si el usuario elige con su ratón la casilla “Sí”, él concluye con la acción del “click” el contrato⁷⁶. Este método lo vemos reflejado en la mayoría de las contrataciones realizadas en portales de internet en donde se llena un simple formulario y se acepta la operación”.

El contrato browse-wrap “se trata de una figura contractual que significa que por el hecho del usuario a “utilizar” el sitio -quiere decir de navegar (“browse”) a través de las páginas del mismo- él dio su consentimiento en los términos generales del sitio. En otras palabras, el contrato es concluido no por una expresión del consentimiento explícita sino implícita⁷⁷.” El autor que citamos nos hace la aclaración que este tipo de operación en Estados Unidos de Norteamérica ha quedado sin valor debido a que no existe la prueba de un consentimiento claro y pondría en riesgo la navegación por las páginas de internet en donde el sólo hecho de abrir el portal nos podría obligar en alguna medida a cumplir condiciones comerciales”.

⁷⁴ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 67.

⁷⁵ Cfr. GRAHAM, James, El Derecho Internacional Privado del Comercio Electrónico, Colección Ensayos Jurídicos, 1ª edición, Editorial Themis, México, 2003, pág. 23.

⁷⁶ GRAHAM, James, El Derecho Internacional Privado del Comercio Electrónico, Colección Ensayos Jurídicos, 1ª edición, Editorial Themis, México, 2003, pág. 23

⁷⁷ Idem.

La formación del cualquier contrato, incluyendo el electrónico, se perfecciona con la manifestación del consentimiento. Ahora bien para que exista una motivación para expresar la voluntad de realizar una operación comercial el primer paso debe ser que exista una oferta.

La oferta es *“una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que enuncia los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad”*⁷⁸.

Al analizar nuestra legislación encontramos que la definición de oferta carece de aparición dentro de los articulados; únicamente observamos en el artículo 48 fracción I de la Ley Federal de Protección al Consumidor las reglas para su manifestación.

Artículo 48.- En las promociones y ofertas se observarán las siguientes reglas:

I. En los anuncios respectivos deberán indicarse las condiciones, así como el plazo de duración o el volumen de los bienes o servicios ofrecidos; dicho volumen deberá acreditarse a solicitud de la autoridad. Si no se fija plazo ni volumen, se presume que son indefinidos hasta que se haga del conocimiento público la revocación de la promoción o de la oferta, de modo suficiente y por los mismos medios de difusión.

Una vez puesta la oferta el siguiente paso será la aceptación de la misma para que entonces se tenga por perfeccionado el contrato. Aquí entramos en otro punto de importante análisis ya que hay que tener bien determinado si la oferta se hace entre presentes o entre ausentes, para efectos de conocer los términos que se tienen para manifestar la aceptación.

⁷⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; Derecho de las obligaciones, 15 edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 269.

La oferta se puede manifestar al establecer los plazos que se fijan para la aceptación y una vez finiquitados esos plazos la oferta quedará sin efectos. Esto se desprende de lo que el artículo 1804 del Código Civil Federal.

Nuestra legislación contempla que la oferta se puede hacer sin establecer los plazos para la expresión de la aceptación. Da dos supuestos que son cuando la oferta se hace entre presentes o entre ausentes. Así lo establece el artículo 1805 del Código Civil Federal incluyendo en su reforma del año 2000 a los medios electrónicos, siempre y cuando la tecnología permita la manifestación inmediata.

Sin embargo cuando señala los plazos en caso de oferta entre ausentes omite hacer mención sobre los medios electrónicos al decir en su artículo 1806 del Código Civil Federal que simplemente serán tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta de la información.

El maestro Pedro Alberto de Miguel Asencio hace notar la importancia de identificar si la comunicación electrónica se hace entre presentes o entre ausentes para saber aplicar las normas anteriormente señaladas. Reconoce que hay contratos concluidos por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico donde la comunicación deja de ser simultánea o instantánea; en contraposición con los contratos propiamente en línea en donde se accesa a una página web y en ese sitio se llena un formulario elaborado por el proveedor para la aceptación de las condiciones establecidas en la oferta que permite una comunicación inmediata⁷⁹.

Se debe tomar en cuenta que el contrato electrónico carece de encasillamiento en una categoría de entre presentes o sólo entre la de ausentes, ya que ambos supuestos se pueden presentar; esto dependerá del medio electrónico que se utilice para la operación.

⁷⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 68.

En el caso del uso de medios instantáneos carece de problema ya que, al equipararse a una celebración entre presentes, la aceptación se da de manera inmediata. Ahora bien el problema se da cuando la comunicación se hace a través de medios electrónicos en que la comunicación deja de ser inmediata, como lo son los correos electrónicos.

En nuestra legislación la teoría que se acepta es la de la recepción, tal y como lo señala el artículo 1807 del Código Civil Federal en concordancia con el numeral 80 del Código de Comercio.

Artículo 1807.- El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes.

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.

Queda claro entonces que la aceptación se tiene por manifestada cuando el oferente recibe tal comunicación. Sin embargo se requiere entender claramente cómo es el procedimiento de recepción para validar la acción.

Para ello el artículo 91 del Código de Comercio determina las condiciones de recepción de la aceptación al señalar el caso en que el destinatario designó un sistema de información, el caso en que no se determine dicho sistema o cuando se haga llegar mediante un sistema diferente al designado.

Artículo 91.- Salvo pacto en contrario entre el emisor y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

I. Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho sistema de información;

II. De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, o de no haber un sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos, o

III. Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje de datos conforme al artículo 94.

Para dar mayor seguridad a la transmisión de los mensajes nuestra legislación contempla el acuse de recibo para identificar que la información ha sido enviada de acuerdo a las disposiciones de las partes y mediante las consideraciones de la ley.

El artículo 92 del Código de Comercio determina que cuando se exija el acuse de recibo para dar por recibida la comunicación habrá de disponerse el método de entrega de ese acuse, o en su defecto se entenderá cualquier comunicación o acción del destinatario que haga evidente que ha recibido la información; indica, de igual, forma que cuando se establezca esta obligación de envío de acuse de recibido, la aceptación sólo se tendrá por recibida cuando ese acuse sea enviado.

2.3.2. Formalidades para la celebración del contrato.

Hemos observado que en las contrataciones se exige la existencia de una oferta y una aceptación para perfeccionar el contrato y se cumple con determinadas indicaciones para validar estas expresiones; sin embargo en nuestra legislación se da total libertad a la forma en que los contratos se celebren, salvo algunas excepciones que la ley establece como son la de observar una forma escrita en los contratos o las firmas autógrafas en ellos o hasta su reconocimiento fedatario.

Tanto la legislación civil como la mercantil establecen en sus artículos 1832, 1834 y 1834 bis del Código Civil Federal y 78 y 79 del Código de Comercio las formalidades en la celebración de los contratos; disposiciones que ya han sido enunciadas en este capítulo.

2.3.3. Firma electrónica.

En el tema de la firma, y cuando se trata de contratos electrónicos, la misma carece de existencia autógrafa, y así hay necesidad de crear un mecanismo para manifestarla con validez aunque su registro en el papel esté ausente.

La firma es uno de los elementos esenciales para considerar perfeccionado el contrato, en caso de exigirse esta formalidad en el contrato, y por ello es importante y delicado el tema, ya que cuando la firma se estampa de manera manuscrita los temores de que alguien distinto haya manifestado la voluntad quedan subsanados.

Cuando se hace por medios electrónicos, existen temores de que otra persona pueda utilizar el nombre de alguien para actuar o contraer obligaciones, así es como se ha creado la firma electrónica.

En nuestra legislación se contempla el uso de la firma electrónica, y se deja abierta la posibilidad de usar diversos medios de tecnología para su obtención a fin de evitar limitar el desarrollo de la tecnología.

A esta protección se le conoce como neutralidad tecnológica, prevista en el artículo 89 del Código de Comercio.

Artículo 89.- ...Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a 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...

Nuestra legislación define a la firma electrónica de manera genérica en su artículo 89 del Código de Comercio, 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”*.

Y hace énfasis en la firma electrónica avanzada o fiable a manera de dar los requisitos para que la firma carezca de cualquier negación a su valor y reconocimiento. Esto se ampara en el artículo 89 del Código de Comercio que señala: *“Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97”*.

Estos requisitos del artículo 97 del Código de Comercio, básicamente se resumen en: que el firmante sea el único poseedor de la información para la creación de la firma, que controle la información al momento de la creación, que se puedan detectar las alteraciones o modificaciones hechas después de la creación de la firma.

Para la creación de la firma electrónica y que tenga validez al ser usada como medio de manifestación de la voluntad, el artículo 89 del Código de Comercio define los datos de creación, mismos que se consideran necesarios y de primordial importancia que sean del firmante y estén bajo su poder al crear la firma.

El artículo en comento establece que los datos de creación de la firma: *“Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante”*.

Para entender lo relativo a las claves criptográficas atenderemos a la definición que el maestro de Miguel Asencio nos señala: *“La criptografía se basa en un proceso de transformación de los datos en formato ininteligible, que se denomina cifrado y se lleva a cabo a través de algoritmos”*⁸⁰.

Hemos observado que el comercio electrónico se ejerce mayormente entre personas no presentes, que incluso ni se conocen ni han tenido comunicación alguna antes de la transacción comercial que los une.

Por la situación de ser contratos entre personas no presentes se introdujo el uso de la firma electrónica para establecer el método de manifestación de la voluntad.

Ahora bien es importante garantizar que la persona que firma es la que dice ser en la transacción; la importancia deriva de que al realizar una transacción con alguien, si esa persona dijera que ella jamás estuvo presente en el acto, que alguien más firmó por ella y por tanto carece de obligación para cumplir con el contrato desembocaría en un perjuicio para la otra parte contratante.

La firma electrónica apoya la veracidad de la transacción, es decir se confía en que quien emite la firma es el poseedor de la capacidad para contratar y que es su voluntad hacerlo.

Para garantizar las operaciones de ésta índole, y permitir un desarrollo amplio en las operaciones realizadas a través de las redes abiertas electrónicas, se creó el certificado.

⁸⁰ DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 114.

El artículo 89 del Código de Comercio define, de manera muy escueta, al certificado y señala que es: *“Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica”*.

Eso que pruebe el vínculo entre el firmante y los datos de creación de la firma electrónica, debe cumplir con requisitos establecidos en el artículo 108 del Código de Comercio, a fin de que se garantice realmente la validez del certificado, ya que con esos requisitos se hace una investigación exhaustiva de la información y se evita caer en error o confusión en la identidad del firmante.

Básicamente el certificado debe señalar que se trata de un Certificado, contener un número de identificación, datos de identificación del prestador de servicios de certificación, nombre del titular del certificado, fecha de emisión, alcance de la responsabilidad del prestador, tecnología empleada para la creación de la firma; en términos del artículo 108 del Código de Comercio.

La validez de los certificados está condicionada a la observancia de lo establecido en el artículo 109 del Código de Comercio y considera aspectos por los que deja de tener validez el documento de certificación y que en resumen es por vencimiento de la vigencia, la cual es de máximo dos años, con opción a renovación; revocación del certificado; pérdida del dispositivo en el que se encuentra el certificado o su inutilización; por verificarse que al momento de su creación hubo incumplimiento de los requisitos; y por una resolución judicial que así lo dicte.

La validez de estos certificados depende de cumplir con los requisitos antes mencionados y de que una institución acreditada sea quien expida el certificado.

Nuestra legislación reconoce a tres tipos de prestadores de servicios de certificación, que por definición del artículo 89 del Código de Comercio es *“La persona o institución pública*

que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso”.

En el artículo 100 del Código de Comercio establece los 3 sujetos a quienes se les puede otorgar la acreditación como prestadores de servicios de certificación y que son: los notarios y corredores, personas morales privadas e instituciones públicas.

Para poder ser acreditado como certificador hay que cumplir con requisitos de procedimiento y de fondo, de acuerdo a lo que dicta el artículo 102 del Código de Comercio que obliga a presentar una solicitud ante la Secretaría de Economía; contar con los elementos humanos, materiales, económicos y tecnológicos para prestar el servicio y garantizar la seguridad de la información y su confidencialidad; contar con un procedimiento para la certificación, garantizar la seriedad de los certificados emitidos, su conservación y consulta de los registros; que los que participen del procedimiento de certificación se encuentren exentos de cualquier condena por delitos patrimoniales o de pena privativa de la libertad, o que se les haya inhabilitado para ejercer puestos del servicio público, del sistema financiero o para ejercer el comercio; dar fianza; dar consentimiento para ser auditados; y registrar su certificado ante la secretaría de economía.

Se tendrá por autorizado el certificado si a los 45 días la secretaría ha omitido dar respuesta, y una vez obtenido el certificado se tienen 45 días naturales para avisar el momento en el que empiecen las operaciones.

Estos prestadores de servicios de certificación hacen que las operaciones comerciales electrónicas sean más seguras, debido a que el procedimiento para la certificación debe seguir, entre sus pasos, el comprobar la identidad del solicitante; poner a disposición los dispositivos para generación de datos de creación y para verificación de la firma electrónica; informar sobre el precio, condiciones de uso, limitaciones y garantías de responsabilidad; contar con el registro de certificados; guardar confidencialidad con la

información; avisar a la secretaría cuando cese sus labores como prestador del servicio; asegurar el resguardo de la información y garantizar la confidencialidad; y permitir que la parte que confía —el artículo 89 del Código de Comercio la define como “*La persona que, siendo o no el Destinatario, actúa sobre la base de un Certificado o de una Firma Electrónica*”— pueda cerciorarse de la validez de la información, datos, métodos de obtención del certificado. Estos requisitos están señalados en el artículo 104 del Código de Comercio.

Los artículos 93 y 1298-A del Código de Comercio aunados al artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, reconoce a los mensajes de datos con fuerza probatoria. Lo que la hará más o menos confiable será el método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

Al señalar condiciones especiales para dichos documentos como son el hecho de que cuando la ley le exija a éstos la firma de las partes, bastará con que el mensaje de datos sea atribuible a ellas.

De igual forma establece la condición de cuando el documento deba otorgarse ante fedatario público, para lo cual se deberán hacer constar 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. Esta condición de resguardo se aplicará para el caso de los documentos que la ley exija su presentación en forma original.

2.3.4. Información del proveedor.

Nuestra legislación impone la obligación de hacer del conocimiento del consumidor los datos del proveedor así como las condiciones específicas de la oferta.

La Ley Federal de Protección al Consumidor en su primer artículo establece las condiciones básicas para las relaciones de consumo, al enumerar, entre ellas, el otorgar

la información adecuada y clara de los productos y servicios con especificación de cantidad, características, composición, calidad y precio; además de hablar sobre la protección en cuando a la publicidad engañosa y cláusulas abusivas.

El artículo 76 de este mismo ordenamiento, es el que, de manera amplia enlista las obligaciones en función de la información a que se debe sujetar el proveedor.

Enlistaremos las principales disposiciones contenidas en el artículo en comento:

- Antes de la celebración de la transacción, el proveedor debe informar sobre su domicilio físico, números telefónicos y demás datos mediante los cuales el consumidor pueda acercarse en caso de reclamaciones o aclaraciones.
- De igual forma, antes de la transacción, el proveedor debe informar sobre los medios a través de los cuales brinda seguridad y confidencialidad a la información otorgada por el consumidor.
- Y el más importante, el consumidor deberá conocer los términos, condiciones, costos, cargos adicionales y formas de pago, antes de que la transacción quede resuelta.

La ley considera de vital importancia estas disposiciones, al grado que establece sanciones con multa por el incumplimiento, así lo dispone el artículo 128 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

2.3.5. Lugar de celebración.

El maestro de Miguel Asencio explica la relevancia del lugar de celebración en este tipo de operaciones, al señalar: *“La precisión del lugar de celebración del contrato es relevante sobre todo en la medida en que ciertas normas de Derecho Internacional Privado emplean este elemento como criterio de conexión en materia de competencia judicial internacional*

*y de ley aplicable... También puede resultar determinante de la normativa aplicable en materia de forma de celebración del contrato*⁸¹.

Esta importancia se observa en el artículo 13 del Código Civil Federal ya que contempla que la capacidad y estado de las personas física dependerá del lugar del domicilio de ellas; así mismo regula sobre la constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como contratos de arrendamiento y de uso temporal tanto de inmuebles como muebles que serán regidos por el lugar de ubicación de los mismos, aunque los titulares sean extranjeros; y finalmente señala que el derecho aplicable será el del lugar de ejecución de los actos y contratos.

Cuando no se señala el lugar de domicilio, nuestra legislación subsana y determina reglas para establecerlo. Esto se ve reflejado en el artículo 94 del Código de Comercio en donde establece los supuestos del lugar de expedición y el de recepción del mensaje de datos.

El lugar de expedición lo será el del establecimiento de quien envía el mensaje y el de recepción el lugar del establecimiento del destinatario.

Ahora bien existen casos en que se carece de establecimiento o se tienen varios, para esto la ley dispone que en caso de carecer de establecimiento se tendrá el del lugar de residencia habitual y en caso de varios el que tenga la relación más estrecha con la operación y al no encontrar uno que la tenga entonces lo será el establecimiento principal.

2.3.6. Ejecución del contrato.

Por regla general, el artículo 83 del Código de Comercio señala que cuando se omite señalar el término para el cumplimiento de las obligaciones, tratándose de las que producen acción ordinaria, éstas podrán exigirse a los 10 días después de contraídas; para las que traen aparejada ejecución lo será al día inmediato.

⁸¹ DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 81.

Nuestra legislación mercantil contempla los casos en que se omite señalar el lugar para el cumplimiento en su artículo 86, y dispone que será el que la naturaleza del negocio o la intención de las partes, deba considerarse adecuado, ya sea por consentimiento de las partes o por arbitrio judicial.

Ya comentamos que el proveedor deberá hacer de conocimiento del consumidor las características y precio del bien que se comercia, sin embargo si la especie y calidad ha carecido de definición el artículo 87 del Código de Comercio resuelve que, el consumidor sólo podrá exigir la entrega de una mercancía de especie y calidad medias.

Cuando la entrega es a través de medios electrónicos observamos dos tipos: la de la contratación directa en donde se debe poner a disposición una copia y al hacer de su conocimiento al consumidor las medidas necesarias para que pueda acceder al sistema en el que se encuentra almacenada la información y de esta forma obtener su copia⁸².

La otra modalidad es en los contratos de acceso, mediante los cuales se tiene acceso a cierta información, pero existen limitantes como número de veces y momentos en que podrá usar la información⁸³.

Estas situaciones deben tomarse en cuenta para determinar si la entrega fue debidamente cumplimentada.

2.3.7. Medios de pago.

⁸² *Cfr.* DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 89.

⁸³ *Cfr.* DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 89.

Nuestra legislación regula lo relativo al pago en el Código Civil Federal; en el artículo 2062 se define al pago como *“la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido”*.

El pago deberá hacerse acorde a lo pactado por las partes, y deberá cumplirse en el tiempo que se haya estipulado, salvo que la ley permita una excepción, así lo establecen los artículos 2068 y 2079 del Código Civil.

El artículo 2080 de el ordenamiento en comento señala que en obligaciones de dar, el pago podrá exigirse después de 30 días siguientes de interpelado judicial o extrajudicialmente. En las obligaciones de hacer, se puede exigir en cualquier momento, una vez que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

El pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario como lo disponen los artículos 2082 y 2084. De señalarse varios lugares el acreedor podrá elegir de entre ellos. Pero si el pago es la tradición de un inmueble o prestaciones en relación a él, debe hacerse en el lugar en que se encuentre el bien. Y si el pago es sobre una suma de dinero como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor se hará en el lugar en que se entregó la cosa.

En los contratos electrónicos, normalmente, el acreedor es quien determina la forma de pago al establecer en su página web las instrucciones para realizarlo, generalmente a través de medios electrónicos⁸⁴.

Los medios electrónicos más comunes son las tarjetas de crédito y debito. El problema que aparece ante estos medios de pago es la seguridad que implique para los consumidores el otorgar datos personales. Por tal circunstancia se apoya esta operación

⁸⁴ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005, págs. 91 y 92.

en medios que aseguren la identificación del titular y la confidencialidad de los datos expresados por el tarjetahabiente⁸⁵.

Hay una nueva modalidad llamada dinero electrónico que es "...un valor monetario cargado y almacenado en un soporte electrónico, normalmente una tarjeta inteligente o una memoria de ordenador. Una ventaja del dinero electrónico es que permite realizar los llamados micropagos, es decir relativos a cuantías muy reducidas, que pueden ser de utilidad para el cobro de ciertos servicios por Internet, como el acceso a una base de datos o la descarga de una página web. La posibilidad de proceder al pago de las deudas de dinero mediante la comunicación de un mensaje de datos a partir del soporte en el que se almacena el dinero electrónico, sin necesidad de autorización de bancos ni de terceros, aproxima el dinero electrónico al efectivo"⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. Idem.

⁸⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 93.

CAPÍTULO 3

MODELOS LEGISLATIVOS QUE REGULAN EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN OTROS PAÍSES.

Del análisis de la situación legal que guarda el comercio electrónico en México. Conocimos las instancias mediante las cuales se forma el consentimiento, los métodos de firma para reconocerle valor al documento virtual que se genera en una operación electrónica y las condiciones especiales que son de gran importancia como conocer el lugar de celebración, el momento en que se tiene por consentida la operación, y los métodos de ejecución de los contratos electrónicos.

También hemos visto que el comercio electrónico es de naturaleza internacional debido a que las partes contratantes pueden situarse en diferentes lugares del mundo; pero del mismo modo hemos señalado que las leyes internacionales han propuesto las modificaciones en el derecho interno para que se homologue este tipo de operaciones; sin embargo no hemos logrado que las legislaciones del mundo se conciban de igual forma.

Por lo anterior haremos un breve análisis de varias legislaciones a fin de descubrir los puntos en donde las legislaciones no están homologadas, pero que sería importante retomar esas normas para enriquecer los procesos de comercio electrónico en general.

3.1. COMERCIO ELECTRÓNICO EN LATINOAMÉRICA

Comenzaremos por el comercio electrónico de nuestro continente, por ser la normatividad de estos países muy parecida, con pequeñas modificaciones en su entender y legislar las operaciones electrónicas.

3.1.1. COMERCIO ELECTRÓNICO EN ARGENTINA

En primer lugar, y no se hace por orden de importancia, analizaremos la legislación Argentina.

En México hemos señalado las tres fuentes de mayor relevancia en cuestiones de derecho electrónico: Código Civil Federal, Código de Comercio y Ley Federal de Protección al Consumidor.

Para Argentina sus fuentes principales de regulación del comercio electrónico son: Código Civil, Código de Comercio, Ley 24.240 Ley de Defensa al Consumidor⁸⁷.

La jerarquía con que deben observarse estas normas está determinada por cada ley de manera escalonada. Así empezamos por la legislación comercial que en su artículo 207 establece que *“El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales”*.

De manera supletoria se aplica el Código Civil. Este ordenamiento contempla en sus artículos 16 y 17 la aplicación de la analogía y las costumbres; después de éstas se aplican las leyes análogas, el espíritu de la ley y los principios generales del derecho.

Al entrar en el tema del comercio electrónico, es de hacer notar que para la República Argentina el servicio de Internet se ha elevado a primeros grados de importancia; a tal grado que se dictó el decreto 554/97⁸⁸ mediante el cual se le considera de interés nacional el acceso a la red de internet; y establece condiciones de igualdad para todos los habitantes y determina que las tarifas deben ser razonables.

⁸⁷ Código Civil de la Nación, publicado por el Departamento de Justicia en Buenos Aires, septiembre 29 de 1869, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> Código de Comercio publicada por la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, 5 de octubre 1889, disponible en http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109500/texactley2637_titulopreliminar.htm. Ley 24.240 Ley de Defensa al Consumidor, publicada en el Boletín Oficial el 15.10.93, disponible en http://www.buenosaires.gov.ar/areas/produccion/def_consumidor/24240.php?menu_id=74

⁸⁸ Ley 554/97 publicado en el Boletín Oficial el 23 de junio de 1997, disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=44083>

Y con mayor énfasis eleva a nivel de garantía constitucional la protección sobre el servicio de internet, basándose en lo establecido por los artículos 14, 32 y 42 de la Constitución de la Nación Argentina⁸⁹ que protegen la libertad de expresión; bajo este marco en el decreto 1279/97 se señala que el servicio de internet debe estar protegido bajo las mismas reglas que se defienden otros medios de comunicación que son vías de expresión⁹⁰.

La doctrina argentina define al comercio electrónico como: “...cualquier forma de transacción de negocios en el cual las partes interactúan electrónicamente en lugar de hacerlo físicamente”⁹¹.

Se observa que los argentinos establecen dos condiciones obligatorias para considerar a una operación de comercio electrónico y es que: a) se celebre a través de medios electrónicos y b) su ejecución se realice a través de medios electrónicos; con lo que si la contratación se hiciera por medios electrónicos y la entrega de manera tradicional, esta legislación lo deja fuera de la normatividad electrónica⁹².

Para el derecho argentino existen dos formas de intercambio comercial, que son: páginas web y los e-mails. Se dice que la página web está diseñada para contener y/o transmitir ofertas⁹³.

El e-mail por su parte es similar a un correo tradicional, ya que la relación se da remitente-destinatario, y que es un medio a través del cual se transmiten mensajes, ideas y/o expresiones. Lo que hace la diferencia con el correo tradicional es que el correo

⁸⁹ Constitución Nacional de Argentina, dada en la sala de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, en la ciudad de Santa Fe, el 22 de agosto de 1994, disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

⁹⁰ Decreto 1279/97 Telecomunicaciones, publicada en el Boletín Oficial el 1° de diciembre de 1997, disponible en <http://meppriv.mecon.gov.ar/Normas/1279-97.htm>

⁹¹ NÚÑEZ, Adriana. Comercio electrónico, Aspectos impositivos, contables y tecnológicos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. Pág. 31.

⁹² Cfr. PARDINI A., Aníbal, Derecho de internet, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002, pág. 145.

⁹³ PARDINI A., Aníbal, Derecho de internet, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002, pág. 156.

electrónico carece de sello y puede ser revisado por algún intermediario a menos de que el mensaje esté encriptado⁹⁴.

Una vez que conocemos los medios de exposición de las ofertas, analizaremos la regulación que hace la legislación argentina para la expresión de esta voluntad para contratar.

El artículo 1144 del Código Civil Argentino establece que para que se perfeccione el consentimiento se requiere que éste sea expresado por una oferta y la aceptación de la misma.

La legislación argentina regula la oferta desde dos vertientes: cuando proviene de la página web y en otra cuando se genera por correo electrónico.

En cuanto al origen por página web, se considera que la oferta tiene dos formas de atenderse dependiendo del tipo de página en la que se exhibe:

- Páginas pasivas: *“hacen publicidad y exhiben productos, promoviendo su comercialización mediante ofertas públicas genéricas, y pueden provocar por parte del público visitante la propuesta de ofertas de contratación, mas no pueden ser consideradas una oferta formal. En principio, se asemejan más a la invitatio ad offeredum u oferta al público”*⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. PARDINI A., Aníbal, Derecho de internet, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002, págs., 56 y 61.

⁹⁵ Ibidem, pág. 159.

- Páginas activas: *“Contienen propuestas de contratación y pueden ser ofertas vinculantes, por la suficiencia de sus antecedentes sumada al carácter predefinido y personalizado (o receptivo) de sus destinatarios”*⁹⁶.

Cuando hablamos de la oferta mediante página web es importante analizar los requisitos que la ley exige para considerar que la oferta se ha manifestado, y que son: la posibilidad de determinar o no al destinatario y el contenido⁹⁷.

En la legislación argentina es muy importante hacer el distingo con la mexicana en cuestión de la obligatoriedad de la oferta, ya que en México la cuestión de si la oferta se hace entre presentes o ausentes, lo que determina no es la obligatoriedad de mantenerla, pues ésta siempre se mantiene; aquí lo que se determina es el plazo para mantener firme dicha oferta.

En cambio en la legislación argentina la obligatoriedad de mantenerla firme depende de si se hace entre presentes o ausentes. Esto se observa en el artículo 454 del Código de Comercio Argentino y su correspondiente artículo 1148 del Código Civil en donde, ambos, establecen que para que exista promesa debe hacerse a persona presente o determinada.

Artículo 454 Código de Comercio: Las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho.

Artículo 1148 Código Civil: Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos.

Sin embargo la Ley 24.240, conocida como Ley de Defensa al Consumidor, en su artículo 7°, 1er párrafo, le confiere obligatoriedad cuando cumple con los requisitos de establecer

⁹⁶ PARDINI A., Aníbal, Derecho de internet, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002, pág. 159.

⁹⁷ Cfr. PARDINI A., Aníbal, Derecho de internet, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002, pág. 159.

la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como las modalidades, condiciones o limitaciones. La oferta cuando es generada a través de e-mail es obligatoria, de acuerdo a lo ya mencionado en el artículo 7° de la Ley de Defensa del Consumidor.

El segundo elemento necesario para el perfeccionamiento del consentimiento es la aceptación, que de acuerdo a los artículos 1149, 1150 y 1154 del Código Civil Argentino, aplicado de manera supletoria al de comercio, se remite a la teoría de la expedición con algunas inclusiones de la teoría de la información.

Como se observa en el artículo 1150, una vez que se manifiesta la aceptación queda sin validez la acción de retractarse de él, salvo que dicho acto se dé a conocer antes de que el oferente conozca la aceptación.

Esta normatividad resulta similar a la que se establece en nuestra legislación; sin embargo en Argentina la Ley de Defensa del Consumidor establece una regla especial para los casos de revocación que resulta desequilibrada en cuanto a la igualdad para las partes, según se puede observar de lo establecido en el artículo 34, otorgándole al consumidor 5 días para revocar el contrato, contados a partir de que se ha recibido la cosa o se ha celebrado el contrato sin responsabilidad para el consumidor y al ser un derecho irrevocable, del cual el vendedor tiene la obligación de hacer del conocimiento de su contraparte por si quiere ejercerlo.

Hemos hablado de las formalidades para que se perfeccione el consentimiento en los actos de comercio, ahora vamos a observar quienes pueden participar de estos actos, ya que no basta con expresar el consentimiento de querer contratar, también debe tenerse capacidad para actuar, ya que sin esa condición los contratos carecerán de validez.

El Código de Comercio Argentino, en sus artículos 9, 10 y 12, señalan que cualquier persona que tenga libertad de administrar sus bienes cuenta con capacidad para ejercer

el comercio; y establece condiciones en el caso de los mayores de 18 años que deberán estar emancipados o legalmente autorizados. Si ese mayor de 18 años está asociado al negocio del padre o madre se le considerará como autorizado.

Se hace el señalamiento que la legislación argentina en su artículo 126 del Código Civil establece como mayoría de edad los 21 años.

La mujer casada y mayor de edad requerirá de autorización de su marido mayor de edad, de acuerdo a lo dispuestos por los artículos 13 al 21 del Código de Comercio, que deberá hacerse mediante escritura pública inscrita cuando esté casada por mancomunidad de bienes o cuando se afecten los bienes del matrimonio.

El Código de Comercio Argentino considera dos tipos de incapacidad en sus artículos 22 y 24: la incompatibilidad de estado y la incapacidad legal.

En el caso de la incompatibilidad de estado se contempla a: las corporaciones eclesiásticas, clérigos, magistrados civiles y jueces. Los incapaces legales son: los que se encuentran en estado de interdicción y los quebrados a quienes carecen de rehabilitación.

Una vez que se tiene la validez de las partes en la contratación y que el consentimiento ha quedado perfeccionado, pasaremos a una de las partes que se ha convertido en esencial para dar seguridades a las contrataciones electrónicas y que es la firma electrónica.

En la legislación argentina existe normatividad especializada para su regulación, que son: Ley 25.506 Firma Digital, Decreto 2628/2002 firma digital y Decreto 724/2002 firma digital⁹⁸.

Para la legislación argentina los términos firma digital y firma electrónica no poseen el mismo significado, para esto tenemos a los artículos 2 y 5 de la Ley 25.206⁹⁹. La diferencia radica en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, dado que en el caso de la firma digital existe una presunción *iuris tantum* en su favor; esto significa que si un documento firmado digitalmente es verificado correctamente, se presume salvo prueba en contrario que proviene del suscriptor del certificado asociado y que no fue modificado. Por el contrario, en el caso de la firma electrónica, en caso de ser desconocida la firma por su titular corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

En este mismo artículo se define la firma digital: *“Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”*.

Esta ley, en sus artículos 3 y 4, señala que cuando la legislación exija firma manuscrita, quedará satisfecha esa obligación cuando sea utilizada la firma digital; salvo los casos de disposiciones por causa de muerte, derecho familiar, actos personalísimos y actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital.

⁹⁸ Decreto 724/2002 publicado en el Diario Oficial 44786 del 1 de mayo de 2002, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5263>

⁹⁹ Ley 25.506 Firma Digital publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 2001, disponible en <http://www.sice.oas.org/e-comm/legislation/arg/arg25506.asp>

En el caso de la firma electrónica la definición está dispuesta en el artículo 5 de la ley en comento. *“Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”*.

Ya se hizo mención del valor probatorio de la firma digital y de la firma electrónica. Ahora bien esta ley, en su artículo 9, regula tres condiciones para que la firma digital sea válida: haber sido creada durante el periodo de vigencia del certificado del firmante, ser verificada de acuerdo al procedimiento que indica el certificado y, en caso de certificados extranjeros, que reúnan las condiciones que la legislación argentina establece para la reglamentación de certificados y que exista un acuerdo de reciprocidad entre Argentina y el país de procedencia del certificado o bien que el certificado sea reconocido por un certificador licenciado en Argentina que garantice su validez y vigencia.

De lo antes expuesto hemos señalado la necesidad de contar con la certificación digital a fin de que la firma quede validada. Para ello el artículo 13 lo define como: *“Se entiende por certificado digital al documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular”*.

El certificado digital debe cumplir con los siguientes requisitos que establece el artículo 14, para su validez: ser emitido por un certificador licenciado y cumplir con los formatos estándares reconocidos internacionalmente que incluyan los datos suficientes para identificar indubitablemente a su titular y al certificador licenciado, indicar la vigencia, que sea susceptible de verificación, que haga el distinguo entre la información que se verifica de la que carece de ese procedimiento, contener la información necesaria para verificar la firma y señalar la política de certificación bajo la cual fue emitido.

Los entes que quieran obtener su licencia como certificadores, deberán hacer su solicitud ante el ente administrador de la firma digital dependiente de la jefatura de gabinete de ministros, quien es la autoridad revestida para llevar a cabo esta acción; en términos del artículo 11 del Decreto 2628/2002¹⁰⁰.

Las licencias tendrán una vigencia conforme al artículo 26 del Decreto, de 5 años, y se tendrá la obligación de presentar informes cada año así como ser sometidos a auditoría anual.

Para que las relaciones entre proveedores y consumidores sean equitativas, se entiende que en la mayoría de las ocasiones el ofertante resulta estar mejor informado por ser parte de su labor como comerciante, las leyes han creado diversos mecanismos de protección para el consumidor.

Una de las principales disposiciones en razón del tema es la obligación que tiene el proveedor de otorgar información al consumidor, que le permita verificar las condiciones y consecuencias de la contratación.

Al analizar por orden jerárquico la legislación, encontramos en la Constitución Argentina en su artículo 42, la disposición que señala que en las relaciones de consumo se deben garantizar la salud, seguridad, intereses económicos, información adecuada y veraz, así como la libertad de elección y las condiciones de trato equitativo y digno.

La Ley 24.240 Ley de Defensa al Consumidor en su artículo 4, impone la obligación, por parte del proveedor, de suministrar información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes o servicios que comercialice.

¹⁰⁰ Decreto 2628/2002 publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 2002, disponible en <http://www.policia.rionegro.gov.ar/PaginasMenu/Legislacion/DecretosNacionales/Decreto%20Nac.N%C2%B0%202628-2002%20Reglamentaci%C3%B3n%20Ley%20Firma%20Digital.%20>

Encontramos que estas leyes sólo establecen un cimiento muy escueto sobre lo que debe decirse o exhibirse para ser considerada cumplimentada la obligación de informar de manera fehaciente, veraz, detallada y eficaz.

Una vez que hemos observado a las partes, las condiciones para manifestar su consentimiento y los medios de protección de la operación; señalaremos un elemento que tiene relevancia debido a que a través de él se establece la jurisdicción tanto para exigir el cumplimiento de la obligación como para resolver los conflictos que se desprendan de la contratación. Este elemento es el lugar de celebración del contrato.

En la legislación argentina son escasos los ordenamientos que contemplan este tema, y más reducidos en cuestiones de comercio electrónico.

El Código Civil Argentino en sus artículos 8, 10 y 11; establece condiciones mediante las cuales, sin importar en dónde se encuentren las partes, ni dónde quisieran las partes establecer su domicilio, señala cuál será el lugar de celebración.

Esto es en el caso de los contratos que recaen sobre bienes situados en el territorio que deberán estar celebrados conformes a las leyes del país relativas a la capacidad, estado y condición de las personas. Con más exclusividad los bienes raíces situados en Argentina, ya que para el ejercicio de los derechos de las partes, la capacidad de adquirirlos, su modo de transferirlos y las solemnidades se deberá estar a las leyes de dicho Estado; fundamentado en el artículo 8 y 10.

En el caso de los bienes muebles, estarán regidos por las leyes argentinas de manera obligatoria los que se conservan en dicho Estado sin intención de transportarlos; pero los que son movilizados y acompañan al dueño con intención de uso personal, venta o

transportación, éstos serán regidos por las leyes del domicilio del dueño, así lo dispone el artículo 11.

En materia de consentimiento hemos analizado el momento en que se tiene perfeccionado y que nos da la pauta para determinar el lugar de celebración del contrato; y para nuestro análisis es importante determinar el domicilio de las partes primero para después poder decidir el de cuál de ellas será el que rija.

En Argentina se reconocen dos tipos de domicilio, de acuerdo a los artículos 89 y 90 del Código de Comercio, el de origen que es el del padre en el momento del nacimiento y el real que es aquél en el cual tiene establecido el asiento principal de su residencia y negocios, en donde se presume que la persona reside de manera permanente para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, aunque físicamente esté en otra parte.

En el caso de habitaciones alternativas en diferentes lugares, el domicilio será en donde se tenga a la familia o el principal establecimiento; en el caso de las personas físicas el lugar en donde se encuentre la familia es el que determinará el domicilio en el caso de que el establecimiento se encuentre en otro lugar, en términos de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del Código de Comercio.

En cuestión de contratación, las personas pueden elegir un domicilio para la ejecución de las obligaciones, como lo permite el artículo 101 del Código de Comercio.

Los contratos deben cumplirse bajo la estricta observancia de sus cláusulas, tal y como lo señala el artículo 1197 del Código Civil Argentino al establecer: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*.

Los contratos serán juzgados en cuanto a su validez o nulidad, naturaleza y obligaciones de acuerdo al lugar de celebración y de ejecución, en observancia a lo dispuesto por los artículos 1205 a 1211 del Código Civil. De este modo los contratos hechos fuera de Argentina, se juzgarán por las leyes del lugar en que hayan sido celebrados; los celebrados fuera o dentro de la República para ser ejecutados en dicho Estado deberán cumplir con la normatividad interna; los contratos celebrados dentro de la República para ser ejecutados fuera de ella, cumplirán con las disposiciones del lugar en que deban ejecutarse.

Cuando el contrato carece de señalar lugar para el cumplimiento de las obligaciones nos encontramos en tres hipótesis que contempla esta legislación en sus artículos 1212 a 1214..

- a) Cuando el contrato fue celebrado en el domicilio del deudor, será ese el que se tome para su ejecución.
- b) Cuando el contrato se celebró en lugar distinto al domicilio del deudor, se aplicará el actual domicilio del deudor.
- c) Cuando fue realizado entre ausentes, por instrumento privado, firmado en varios lugares o por correspondencia epistolar; deberán tomarse en cuenta todos los domicilios para tomar la decisión de aplicar el que más se adecue por la naturaleza de las obligaciones.

La jurisdicción queda señalada en los artículos 1215 y 1216 del Código Civil de la siguiente forma:

- a) Si el contrato debe cumplirse dentro de la República, se atenderá ante los juzgados internos.
- b) Si el deudor tiene su residencia dentro de la República, y el contrato debe cumplirse fuera de la República, podrá demandarse dentro o bien ante las autoridades del Estado en donde deba cumplirse la obligación.

El pago en las transacciones electrónicas puede hacerse de forma tradicional, pero generalmente se realiza a través de medios electrónicos.

Se han hecho tres clasificaciones de este tipo de pago: medios basados en tarjetas, cheque digital, dinero electrónico. Para el caso de las tarjetas se refiere a las de crédito y débito, en donde se determinan los datos de identificación del plástico¹⁰¹.

En el caso de los cheques digitales *“en Argentina, a través de la Comunicación A2579 emitida por el BCRA, se establece en su art. 1° que las partes que suscriben el convenio de adhesión de entidades financieras con el MEP, acuerdan que las palabras claves (“passwords”) que utilicen las personas autorizadas por la entidad financiera, generadas conforme a lo establecido en las normas de seguridad divulgadas por el BCRA, tendrán a todos los efectos el mismo valor jurídico que la firma ológrafa”*¹⁰².

El dinero electrónico tiene dos tratamientos; uno a través del sistema auditable, mediante el cual todas las transacciones son registradas; y el otro que es el que le da un tratamiento similar al dinero en efectivo al utilizar tarjetas pre cargadas con ciertas cantidades de dinero¹⁰³.

3.1.2. COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

Para la legislación colombiana el comercio electrónico queda definido en el artículo 2° de la Ley 527¹⁰⁴ como aquel que *“abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras,*

¹⁰¹ Cfr. NÚÑEZ, Adriana. Comercio electrónico. Aspectos impositivos, contables y tecnológicos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. Pág. 34.

¹⁰² NÚÑEZ, Adriana. Comercio electrónico. Aspectos impositivos, contables y tecnológicos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. Pág. 35.

¹⁰³ Cfr. Ibidem, Pág. 36

¹⁰⁴ Ley 527 de Colombia, publicada el 18 de agosto de 1999 en Santa Fe de Bogotá, disponible en http://www.contratos.gov.co/Archivos/normas/Ley_527_1999.pdf

bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”.

La ley suprema en materia comercial lo es el Código de Comercio de Colombia¹⁰⁵, tal y como se desprende de la lectura del artículo 1° de dicho ordenamiento; cuando esa legislación carezca de referencias, señala el artículo 2°, se utilizará de manera supletoria el Código Civil¹⁰⁶.

Es de hacer notar la normatividad especial que establece el artículo 7 del Código Civil, en donde se determina que *“los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.*

Para completar la observancia de los tratados en el ordenamiento colombiano, analizamos el artículo 93 constitucional¹⁰⁷ que los hace prevalecer en el orden interno, en específico los que estén ratificados por el congreso y que se refieran al reconocimiento de los derechos humanos y que prohíben su limitación.

Para iniciar el análisis de la contratación electrónica en la legislación colombiana, comenzaremos por determinar a las personas que pueden ejercer el comercio.

¹⁰⁵ Código de Comercio de la República de Colombia, publicado por Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, disponible en <http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/comercio/tblcndo.htm>

¹⁰⁶ Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873, disponible en http://www.dafp.gov.co/leyes/C_CIVIL.HTM

¹⁰⁷ Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#0>

De acuerdo al artículo 12 del Código de Comercio, puede ejercer el comercio cualquier persona reconocida por la ley como susceptible de contratar y obligarse.

Las personas consideradas aptas para contratar y obligarse deben cumplir con lo dispuesto por el artículo 1502 del Código Civil, en donde es de esencial importancia el hecho de que la persona pueda obligarse sin requerir la autorización de persona alguna y al cumplir con las siguientes cuatro características: ser legalmente capaz, que consienta en el acto o declaración y su consentimiento esté libre de vicio, que la obligación sea sobre objeto lícito, que la causa sea lícita.

El artículo 1503 del Código Civil establece la regla general para el reconocimiento de la capacidad, otorgándole a toda persona esta calidad, salvo las que son declaradas, por ley, incapaces. Por ello el artículo 1504 de este ordenamiento establece dos tipos de incapacidad: la absoluta y la relativa.

Tendrán incapacidad absoluta los dementes, impúberes y sordomudos que carezcan de medios para darse a entender. La incapacidad relativa se dispone para los menores de edad¹⁰⁸, los disipadores que se hallen bajo interdicción y aquellos que por ley se le ha prohibido ejecutar ciertos actos.

Además hay que considerar la incapacidad mercantil que señalan los artículos 14 a 17 del Código de Comercio: comerciantes declarados en quiebra; los funcionarios de entidades oficiales y semioficiales respecto de actividades mercantiles que tengan relación con sus funciones y personas a quienes por ley o sentencia judicial se prohíba el ejercicio de actividades mercantiles.

¹⁰⁸ La ley 27 de 1977 establece, en su artículo 1°, como mayoría de edad los 18 años. Esta ley fue publicada el 26 de octubre de 1977, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4965>

En materia mercantil, la formación, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse de los contratos es regulada por el Código Civil de acuerdo a lo que establece el artículo 812, se regirán por las reglas del derecho civil.

Para la legislación colombiana el contrato es *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*; así dispuesto por el artículo 1495 del Código Civil.

La legislación mercantil complementa esta definición de manera más específica. Así en su artículo 864 del Código de Comercio establece *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”*

Para que se forme el contrato es necesario que existan dos elementos esenciales que son la oferta y la aceptación.

El Código de Comercio carece de una definición sobre la oferta, sin embargo en el artículo 845 establece las condiciones para que la misma se tenga por hecha, al exigir que debe contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.

En ese mismo artículo señala que la comunicación puede ser en cualquier forma mientras se demuestre que se ha utilizado cualquier medio adecuado para hacerla del conocimiento del destinatario.

La oferta será irrevocable una vez que ha sido comunicada, y prevalecerá aún a la muerte del oferente en términos del artículo 846 del Código de Comercio.

Cuando las ofertas se hacen a persona determinada y se indica el precio, el artículo 847 señala que, la misma debe mantenerse, de acuerdo a lo que ya hemos señalado, así como serán obligatorias las ofertas de bienes expuestos en vitrinas o mostradores; sin embargo cuando el precio se indica, pero la oferta está dirigida a persona indeterminada dejará de ser obligatoria.

Los contratos en donde la oferta se comunica vía internet pueden ser aceptados verbalmente o bien por correo electrónico, y hasta existe el caso que se puedan tener por aceptados si el destinatario de la oferta clickea la palabra acepto en la página web.

La propuesta hecha frente a frente deberá ser contestada de manera inmediata, se utiliza la misma regla para el caso de las ofertas realizadas vía telefónica en observancia a lo señalado por el artículo 850 del Código de Comercio.

En el caso de las propuestas hechas por escrito, los artículos 851 y 852 establecen un plazo de seis días, en el caso de residir en el mismo lugar del proponente; y en caso de encontrarse en otro lugar se aumentarán días de acuerdo a la distancia, que serán calculado según el medio de comunicación empleado por el oferente.

Las reglas anteriores quedarán eximidas en el caso en que las partes dispongan plazos para recibir la aceptación o rechazo¹⁰⁹.

Para la celebración de los contratos el artículo 14 de la Ley 527, otorga la libertad de que la oferta y la aceptación puedan manifestarse a través de mensajes de datos, sin embargo existen reglas para algunos contratos en donde se exige la forma escrita para su validación.

¹⁰⁹ Artículo 853 Código de Comercio Colombiano.

Este aspecto ha creado dificultades para los casos de la contratación electrónica, por lo que la legislación colombiana creó la Ley 527 para regular lo relativo a los mensajes de datos.

Así en su artículo 6 da la opción de que las contrataciones a través de mensajes de datos serán válidas para formalizar la obligación de realizarse por escrito, siempre y cuando los datos puedan ser consultados posteriormente.

Para esta ley el mensaje de datos queda definido en su artículo 2 como: *“La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”*. Estos mensajes de datos son reconocidos con fuerza probatoria como si fueran documentos presentados en forma original.

Se entenderá que el mensaje proviene del oferente cuando ha sido enviado por: el oferente; por algún representante del oferente autorizado para realizar tal acción; por algún sistema que fue programado por el oferente para realizar los envíos y se haya utilizado el procedimiento acordado previamente con el oferente. Condiciones enmarcadas en los artículos 16 y 17 de esta ley en comentario.

El artículo 20 señala que el mensaje se tiene por recibido sin necesidad de hacer manifestación sobre eso; sin embargo si las partes acuerdan tal condición, pero dejan de señalar la forma precisa para manifestarlo, se entenderá enviado si: se utiliza cualquier comunicación automatizada o diferente o bien si el destinatario realiza cualquier acto que haga evidente que recibió el mensaje de datos.

Queda totalmente claro que el mensaje de datos sólo se tendrá por recibido, cuando se acuerde la obligación del acuse de recibo, pero para los casos en que el mensaje carece

de esta condición, los artículos 23 y 24 de la Ley 527 establecen los momentos en que se tiene por enviado y por recibido el mensaje de datos.

Se tendrá por enviado cuando el mensaje ingrese en un sistema de información que sin control del oferente o de la persona que envió el mensaje de datos a nombre de éste.

Se entenderá que fue recibido cuando el mensaje ingrese en el sistema de información designado, o bien cuando se utilice un sistema diferente al designado, pero que pertenezca al destinatario, cuando se dejó de mencionar un sistema, se tendrá por recibido cuando entre en algún sistema de información de éste.

Las disposiciones internacionales han considerado como medio de aceptación de una contratación electrónica el simple hecho de dar click en el ícono de aceptar que se vincula en la página web, al dar por supuesto que el aceptante ha leído las condiciones del contrato. Por esto la legislación colombiana ha incorporado la llamada incorporación por remisión definida en el artículo 44 de la Ley 527¹¹⁰.

Para establecer la jurisdicción es de relevante importancia determinar el lugar de envío y recepción de los mensajes de datos, para lo cual el artículo 25 de la Ley 527 establece las reglas generales en caso de faltar convenio sobre este punto.

El lugar de envío será en donde el oferente tenga su establecimiento, y la recepción en el lugar en donde el destinatario tenga el suyo.

En caso de que tengan más de un establecimiento, se considerará el lugar que tenga mayor relación con la operación, y a su falta, el principal.

A falta de establecimiento, se considera el lugar donde tenga su residencia habitual.

¹¹⁰ RINCÓN CÁRDENAS, Erick, Manual de derecho de comercio y de internet, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Colombia, 2006, pp. 132.

Hemos analizado que los contratos pueden formalizarse por escrito o de manera verbal, siempre y cuando la ley se abstenga de obligar a cumplir con alguna de las formas.

Ahora bien si se trata de la forma escrita como elemento obligatorio por ley, estaremos a lo dispuesto por el artículo 826 del Código de Comercio en donde se establece que: *“Cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores...”*

La firma, definida por este mismo artículo, es: *“...la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal...”* Si el que debe firmar carece de facultades para estamparla, podrá firmar otra persona a su ruego, con la presencia de dos testigos; e se imprimirá su huella digital.

Ahora bien, en el caso de los mensajes de datos, o contrataciones a través de medios electrónicos, se requiere poder manifestar esta firma de manera segura y certera, para lo cual se ha diseñado la conocida firma digital y/o firma electrónica.

En el caso de Colombia, se menciona únicamente la firma digital, la cual queda definida en el artículo 2º, inciso c) de la Ley 527, como sigue: *“Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación...”*.

Esta legislación en comento, se ha encargado de establecer ciertos criterios, para que se considere satisfecho el requisito de emitir firma en los documentos.

Así en su artículo 7° menciona que para que se tenga por satisfecho el requisito de la firma en mensajes de datos será necesario que:

- Se haya utilizado un método mediante el cual sea factible identificar al iniciador así como verificar su aprobación sobre la información enviada; y
- Que el método sea confiable y apropiado para el propósito para el cual se ha generado el mensaje.

Aunado a estos requisitos, el artículo 28 de la Ley 527 señala que para que la firma quede debidamente validada: deberá ser única a la persona que la usa; ser susceptible de ser verificada; estar bajo el control exclusivo de la persona que la usa; ligada a la información o mensaje, porque de ser cambiados éstos, la firma quedará sin validez y cumplir con las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

En esta misma ley se habla de la certificación, que aporta seguridades a la firma para evitar que cualquier persona pueda manifestar la firma sin la autorización del titular de la misma.

Sin que se defina lo que un certificado es; el artículo 2° define a las instituciones certificadoras como sigue:

“...d) Entidad de Certificación. Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales...”

Podrán ser entidades certificadas las personas jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras y las cámaras de comercio. El trámite se hace ante la Superintendencia de Industria y Comercio y deberán cumplir con unos cuantos requisitos establecidos por el

Gobierno Nacional de acuerdo al artículo 29 de la Ley 527 que básicamente se refieren a contar con el respaldo económico y con la tecnología para realizar las operaciones.

Las obligaciones que contraen estas certificadoras están descritas por el artículo 32 de la Ley 527 y son como siguen:

- Emitir certificados de acuerdo a lo solicitado y acordado por el suscriptor.
- Implementar los sistemas de seguridad para la emisión de las firmas y conservación de los datos.
- Garantizar la protección y confidencialidad.
- Atender las solicitudes y reclamaciones de los suscriptores.
- Efectuar los avisos y publicaciones que la ley exige.
- Suministrar la información que le requieran las entidades administrativas sobre las firmas digitales, certificados e información relacionada.
- Permitir la realización de las auditorías por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Elaborar los reglamentos sobre la relación con los suscriptores y la prestación del servicio.
- Llevar registro de los certificados.

Los certificados deben contener un mínimo de datos para ser válidos mencionados en el artículo 35 de la Ley 527:

- Estar firmado digitalmente por la entidad de certificación.
- Nombre, dirección y domicilio del suscriptor.
- Identificación del suscriptor.
- Nombre, dirección y lugar donde realiza actividades la entidad de certificación.
- Clave pública del usuario.
- Metodología para verificar la firma digital del suscriptor.
- Número de serie del certificado.
- Fecha de emisión y expiración del certificado.

Los suscriptores de firmas digitales tienen a su cargo la obligación de generar la firma a través del método determinado para ello, de dar la información que la entidad de certificación les requiera para validar su suscripción, controlar el uso de la firma y solicitar oportunamente la revocación de la misma; así mismo serán responsables por falsedad, error u omisión en la información suministrada y por el incumplimiento de sus obligaciones con base en los artículos 39 y 40 de la ley en comento.

La autoridad que se encarga de la supervisión y funcionamiento de las entidades de certificación es en términos del artículo 11, la Superintendencia de Industria y Comercio.

Los contratos que son celebrados en el extranjero que deben cumplirse dentro de Colombia deberán ajustarse a las leyes de dicha nación por así disponerlo el artículo 869 del Código de Comercio.

Para la realización del pago, iremos de lo general a lo particular.

El pago es definido por el artículo 1626 del Código Civil como “...*la prestación de lo que se debe*”.

Para que el pago sea válido, el artículo 1634 del Código Civil, indica que debe hacerse al acreedor o bien a la persona que la ley o el juez autoricen para recibir en nombre de él.

Las partes podrán acordar el lugar de pago con base en el artículo 1645 del Código Civil, salvo esta estipulación el artículo 876 del Código de Comercio indica que, deberá hacerse en el domicilio del acreedor, pero si éste lo cambia y para cumplir con la obligación se está ante una situación más gravosa, entonces se hará en el domicilio del deudor, con previo aviso al acreedor.

La legislación colombiana toma en cuenta la condición de desventaja que le representa al consumidor en las operaciones comerciales, por ello la ha elevado a protección constitucional.

Los contratos por adhesión han sido el marco principal para las negociaciones electrónicas debido a sus ventajas que se traducen, de acuerdo a lo expuesto por Carlos Pizarro Wilson, en su artículo “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”¹¹¹, en costos de transacción, racionalización de la empresa —para la celebración de estos contratos cualquier personas puede participar sin necesidad de que sean especialistas en la materia— y seguridad jurídica.

Lo que buscan las legislaciones de protección al consumidor es que las relaciones se mantengan lo más equilibradas posibles, debido a que una de las partes contratantes se encuentra en desventaja debido a su falta de conocimiento sobre los mecanismos comerciales.

Al formular los contratos por adhesión se trata de dejarlos libres de la conocida como cláusula abusiva que se entiende como aquella que: *“confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes”*¹¹².

De esta forma el artículo 78 constitucional regula el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos.

ARTICULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

¹¹¹ Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos, La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Volumen 6, No. 2, Julio-Diciembre, Bogotá, Colombia, 2004, págs. 121 a 123.

¹¹² Ibidem, pág. 124.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Para efectos de regular las condiciones de contratación con los consumidores, la legislación colombiana cuenta con el Decreto 3466 de 1982 en donde, de manera muy básica y sin establecer grandes condiciones de protección, se enlistan requisitos que debe cumplir el comerciante a fin de que el consumidor esté debidamente protegido.

En su artículo 1°, inciso c), define al consumidor como: *“Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”*.

Esta ley impone únicamente un requisito para poder otorgarles la debida credibilidad a los proveedores o productores que ponen en oferta sus productos. Esta obligación es la que señalan los artículos 3 y 4 que consiste en hacer el registro de calidad e idoneidad de los bienes y servicios; que debe hacerse ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Este registro es público y cualquier persona puede consultarlo abiertamente.

Los productores tienen la obligación de informar a todo público de las condiciones de este registro, es decir de la calidad e idoneidad manifestadas al dar de alta el mismo, mencionar el número y fecha del registro y la entidad que lo otorgó de acuerdo al artículo 10.

Este mismo artículo señala que en el caso de los bienes deben contenerse estas disposiciones en las etiquetas o envases; o bien entregarse un documento con tales descripciones al momento de contratar la adquisición, la utilización o el disfrute del bien. Para el caso de los servicios se debe entregar siempre el documento, o bien si se tiene la obligación de celebrar el contrato por escrito, deberá contenerse en dicho documento.

Los consumidores cuentan con una garantía más que establece este Decreto en su artículo 11 la llamada garantía mínima presunta que debe señalar el tiempo en que se ampara al producto y que de tener algún defecto o descompostura será sustituido o arreglado.

3.1.3. COMERCIO ELECTRÓNICO EN CHILE.

En primer término hemos de analizar la jerarquía de las leyes en esta Nación.

La Constitución¹¹³ es ley suprema y de ella emanarán todas las demás disposiciones legales.

Ahora bien una de las condiciones que encontramos en materia mercantil para la aplicación de la ley, está establecida por el artículo 4° del Código Civil¹¹⁴ en donde estipula que el Código de comercio se aplicará con preferencia al civil.

Por ello en materia comercial se estará, en primera instancia, a lo regulado por el Código de Comercio de Chile¹¹⁵; para los casos en que esta norma carezca de alguna disposición, el artículo 2° determina la supletoriedad para el Código Civil, así como el artículo 96 señala que para las cuestiones generales de obligaciones y contratos será

¹¹³ Constitución Política de Chile de 1833, publicada el 25 de mayo de 1833, disponible en <http://www.bcn.cl/ecivica/histcons>

¹¹⁴ Código Civil de Chile, publicado en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2000, disponible en <http://www.diariooficial.cl/>

¹¹⁵ Código de Comercio de Chile de 1865, publicado el 23 de noviembre de 1865, disponible en <http://www.diariooficial.cl/>

aplicable la legislación civil, salvo en casos en que el Código de Comercio determine situaciones especiales.

Ahora bien, la legislación será invocada, sólo en caso de que las partes hayan omitido regular algún aspecto del contrato, ya que es el derecho de ellas designar el derecho aplicable; sin olvidar que en el caso de los contratos de consumo, debido a la gran protección que se ha reglamentado, muchas de sus normas se situarán fuera del alcance de la autonomía conflictual o al menos estará restringida¹¹⁶.

Los contratos en el derecho interno están definidos en el artículo 1438 del Código Civil como: *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...”*.

El contrato electrónico es *“el acto constituido por el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico de interés común para las partes, celebrado a distancia de formación instantánea o sucesiva, y por vía electrónica, con el fin de crear, modificar o extinguir una situación”*¹¹⁷.

Existen los contratos electrónicos y los informáticos, en los segundos lo que importa es el bien o servicio que se ofrece que es información telemática a diferencia de los medios a través de los cuales se contrata¹¹⁸.

También encontramos otra diferencia de contratación, la que deriva de las páginas web y la que se desprende de la comunicación vía correo electrónico.

¹¹⁶ Cfr. PINOCHET OLAVE, Ruperto Andrés. La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte IV: El lugar de formación del consentimiento, Revista *lus et praxis*, derecho de la región, Año 12, No. 1, Universidad de Tolca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Chile, 2006. Pág. 225.

¹¹⁷ ARIAS DE RINCÓN, María Inés. La formación y perfeccionamiento del contrato por internet, Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, sección estudios, 2002. Pág. 111

¹¹⁸ Cfr. BÁEZ REYES, Danilo. La contratación electrónica como nueva forma de desarrollo contractual, Revista de Derecho, segunda época, Año X, No. 6, Enero-Junio 2004, Santiago de Chile, pág. 54 y 55.

La primera ha sido catalogada como un acto entre presentes por tratarse de una comunicación al instante. En el caso del correo electrónico se le ha dado el tratamiento de contrato entre ausentes o a distancia, debido a que se desprende un espacio de tiempo entre una y otra comunicación, es decir carece de inmediatez¹¹⁹.

En este tipo de contratos los sujetos que intervienen son personas desconocidas a quienes es imposible percibir físicamente. Para poderlas identificar tenemos algunos métodos como el password, identificadores de usuarios, tarjetas electrónicas y la firma electrónica. En Chile todas éstas han sido aceptadas ya que el legislador omite poner alguna regla especial.

El contrato electrónico se ha catalogado, por lo general, como un contrato por adhesión; definido por la doctrina chilena como: “un instrumento indispensable en un sistema de producción y de distribución de masas”¹²⁰.

El principio base de los contratos privados es que las partes tienen libertad contractual, esto es que pueden determinar el contenido de la negociación, modificar normas establecidas y hasta crear contratos atípicos; sin embargo ya vimos que en el caso de los contratos electrónicos surgidos de los de adhesión una de las partes determina las condiciones y la otra simplemente acepta o se abstiene de realizar la contratación.

Las características esenciales del contrato de adhesión son: su calidad de estrictos o rígidos porque se derivan de un contrato tipo ya establecido; son generales e impersonales, porque están dirigidos al público en general; son permanentes, porque se

¹¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pág. 56.

¹²⁰ Citado por ORREGO ACUÑA, Juan Andrés en su artículo El contrato de adhesión ante la doctrina y el derecho nacional y comparado, *La Revista de Derecho*, Segunda Época, Año IX, No. 4, Enero-Junio 2003, Santiago de Chile, pp. 347 y viene de MARÍÑO LÓPEZ, Andrés. Los contratos de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo, en: www.diariojudicial.com, p.1.

mantienen vigentes en tanto el autor lo mantenga así; y son minuciosos, porque contemplan todas las opciones e hipótesis que puedan surgir¹²¹.

En la formación de los contratos, de cualquier índole, se requiere que las partes tengan capacidad legal para obligarse de acuerdo a lo que el artículo 1445 del Código Civil de Chile señala.

La capacidad legal, de acuerdo al artículo 1445 del Código Civil, es la condición de poderse obligar por sí misma y sin que requiera de la autorización o apoyo de otra.

Ya se ha señalado que cualquier persona tiene capacidad para contratar, con algunas excepciones a esta regla como lo disponen los artículos 1446 y 1447, que serán los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. También están en esta lista los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

Para efectos de la legislación chilena la mayoría de edad será a los 18 años, de acuerdo a lo que señala el artículo 13 de la Constitución.

En el caso mercantil, además de contar con la capacidad que las leyes determinan para cualquier persona común y corriente, es necesario que, si una parte se reputa comerciante, cumpla con lo dispuesto por el Código de Comercio.

Se les llama comerciantes a los que, tienen capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual, en contraposición con el que sólo ejecuta accidentalmente un acto de comercio; quien sin tener calidad de comerciante, quedará sujeto a las normas mercantiles para efectos de esos actos así señalado por los artículos 7 y 8.

¹²¹ Idem.

La mujer casada tiene libre autorización para dedicarse al ejercicio de empleo, oficio, profesión o industria; sin embargo en el caso de ser menor de dieciocho años requerirá autorización judicial para gravar o enajenar sus bienes raíces. También es de aclarar que la mujer casada que ejerce el comercio en conjunto con su marido, carecerá de calidad de comerciante. Y en caso de divorciarse, tendrá que tener registro y publicación de la sentencia para poder comenzar a ejercer dicha calidad¹²².

Para que inicie el proceso de contratación es necesario que se haga a través de una oferta.

La oferta es *“una declaración de voluntad unilateral, de carácter recepticio, que una persona denominada oferente, dirige a otra, denominada destinatario, comunicándole su deseo de celebrar con ella un contrato y que cumplidos los requisitos legalmente establecidos, es capaz de perfeccionarlo una vez que recaiga sobre ella la aceptación”*¹²³.

Las propuestas enviadas por correo electrónico pueden estar dirigidas a persona determinada o a un grupo indeterminado, serán consideradas ofertas y el destinatario tendrá la opción de aceptarla o rechazarla; pero cuando la oferta se hace a persona determinada o se hace con reservas o salvo confirmación, o bien se exige suscribirse un documento privado o público, esto se considerará simplemente una invitación a ofertar. La oferta por página web es un anuncio y requiere que el consumidor proponga hacerse parte de esa negociación y entonces el oferente inicial aceptará¹²⁴.

La oferta se distingue de la invitación a ofertar en que: *“la aceptación que recae sobre la oferta puede perfeccionar el contrato, mientras que la respuesta a una invitación a ofrecer*

¹²² Artículo 11, 14 y 16 Código de Comercio y Artículo 150 Código Civil, ambos de Chile.

¹²³ ARIAS DE RINCÓN, María Inés. La formación y perfeccionamiento del contrato por internet, Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, sección estudios, 2002, pág. 113.

¹²⁴ Cfr. Ibidem, págs. 113, 114.

tan sólo constituye, en doctrina, una oferta o una solicitud, al proveedor, titular de la página web, quien puede aceptarla o rechazarla, sólo en caso de aceptación por parte del proveedor-titular de la página web se perfecciona el contrato”¹²⁵.

Sin importar el medio a través del cual se hagan, el artículo 105 del Código de Comercio dispone que en este caso el oferente estará obligado a que los bienes objeto de la propuesta se mantengan sin enajenarse, sin alteración en su precio y de que existan en el domicilio del oferente.

Y así mismo indica que, puede hacerse mediante circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o anuncios impresos; y cuando se realiza bajo estos esquemas carecerá de obligatoriedad sostenerla.

La legislación tanto chilena, como casi la mayoría internacional, se han avocado en evitar que el oferente envíe cualquier tipo de comunicación comercial sin previa solicitud del receptor, para que de esta forma la publicidad en masa, que es en efecto de lo que se trataría esta oferta, sirva sólo como anuncio y se le deje exenta de obligatoriedad hasta en tanto la misma pueda ser direccionada a persona determinada.

Para que la oferta sea considerada válida se requiere que exista la voluntad del proponente de vincularse y que cuente con capacidad legal; así mismo que los elementos que conformarán el contrato estén determinados o por lo menos sean determinables, sin necesidad de un nuevo convenio¹²⁶.

“Cuando el medio de transmisión empleado es el correo electrónico, la oferta será efectiva a partir del momento en que el mensaje de datos que la contiene entre en el sistema de

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Cfr. ARIAS DE RINCÓN, María Inés. La formación y perfeccionamiento del contrato por internet, Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, sección estudios, 2002, pág. 115.

información del destinatario y pueda ser recuperada por este, sin necesidad de que deba ser por él conocida. Cuando el oferente emplea una página web para transmitir su propuesta, la oferta debe considerarse efectiva a partir del momento en que ésta puede ser accedida en la Red, por el sistema de información del destinatario. El momento de la llegada a la esfera de control del destinatario queda marcado cuando la oferta es puesta a disposición de la web”¹²⁷.

La condición indispensable para que se perfeccione el contrato es que medie aceptación. La aceptación es: *“una declaración de voluntad por la que la persona a la que se ha hecho la propuesta de contrato da su conformidad a esta”¹²⁸.*

Para que sea válida deberá cumplir con los siguientes requisitos: temporalidad, que se haga dentro del plazo de vigencia; ser pura y simple; ser inequívoca, es decir que esta pueda confundir la voluntad de aceptar; y tener carácter recepticio, que el destinatario realice las acciones para que la aceptación llegue al oferente¹²⁹.

El artículo 97 del Código de Comercio de Chile señala que *“Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere...”*.

Si la propuesta se hace por escrito, los plazos serán acorde a los artículos 98, 101 y 103 del Código de Comercio de veinticuatro horas en caso de estar en la misma localidad y el tiempo que lleve la vuelta de correo si se encuentra en lugar diverso. Al momento de darse la aceptación, el contrato queda perfeccionado; de igual forma cuando la aceptación es tácita.

¹²⁷ Ibidem, pág. 116.

¹²⁸ ARIAS DE RINCÓN, María Inés. La formación y perfeccionamiento del contrato por internet, Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, sección estudios, 2002, pág. 118.

¹²⁹ Cfr. Idem.

El oferente puede marcar un plazo de vigencia de la oferta, en caso de omitir este señalamiento, en los casos de envío por correo electrónico se considerará la regla de contratación postal y telegráfica, arriba mencionado.

Para las ofertas por página web se considerará que la vigencia será “durante todo el tiempo que permanezca accesible a los destinatarios del servicios”¹³⁰.

De lo antes mencionado es importante que se llegare a la conclusión de que los términos deberán computarse a partir de que el aceptante ha recibido el correo en la casilla asignada por el servidor, porque de otra forma nos encontraríamos en el riesgo de que si se tomara a partir de que el ordenador utilizado la recibe sería un momento en que cualquiera de las partes podría alterar dicha información¹³¹.

La manera de expresar o hacer llegar la aceptación cuando es vía internet es de tres formas: por correo electrónico, en donde se redactará la aceptación y se enviará al oferente; la que se genera en las páginas web, que por lo general es a través de pulsar un botón que señala la aceptación; y la que deriva de la ejecución de un acto que tenga relación mediata con el contrato, como sería descargar un programa que se pretende comprar¹³².

Cualquier propuesta se puede retractar, con base en el artículo 99 del Código de Comercio, siempre y cuando se haga antes de recibir la aceptación; salvo cuando se ha establecido un plazo determinado para esperarla.

¹³⁰ Ibidem, pág. 116.

¹³¹ Cfr. BÁEZ REYES, Danilo. La contratación electrónica como nueva forma de desarrollo contractual, Revista de Derecho, segunda época, Año X, No. 6, Enero-Junio 2004, Santiago de Chile, pág. 58.

¹³² Cfr. ARIAS DE RINCÓN, María Inés. La formación y perfeccionamiento del contrato por internet, Op. Cit., pág. 119.

Ha sido tema durante nuestro análisis el lugar de celebración del contrato, debido a que es el pilar para determinar la jurisdicción para la ejecución y resolución de controversias.

La definición de domicilio la da el Código Civil en su artículo 59 al decir: *“El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”*. Las partes pueden establecer de común acuerdo un domicilio para los actos judiciales o extrajudiciales, derivados de un contrato en términos de lo dispuesto por el artículo 69.

En caso de omitir el señalamiento de un domicilio el artículo 67 resuelve el problema al señalar que se considerará el lugar de residencia habitual el domicilio; pero al tener varios domicilios un mismo individuo, se considerarán domicilios todos los que se vean afectados por el acto y en relación con las acciones que se realicen en cada uno; reforzado lo anterior con la legislación mercantil que establece que el lugar de residencia será el del aceptante de la propuesta.

Al analizar las opciones que la legislación establece para determinar el lugar de celebración se encuentra que se habla del lugar en donde se encuentre la sede principal del oferente, sin embargo en la práctica la oferta pudo salir de un ordenador que se encontrara en lugar distinto a dicha sede por lo que los estudiosos han dado algunas hipótesis explicar qué debe entenderse por residencia del aceptante, que es la regla general que el artículo 104 del Código de Comercio contempla, de tal forma que señalan que de entenderse que será el lugar donde se encuentre el ordenador, o el domicilio de residencia habitual del aceptante o bien en donde se encuentra el servidor en el cual se almacena la aceptación¹³³:

¹³³ Cfr. PINOCHET OLAVE, Ruperto Andrés, La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte IV: El lugar de formación del consentimiento, Revista Ius et Praxis, derecho de la región, Año 12, No. 1, Universidad de Tolca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Chile, 2006, págs.221 y 222.

Ya dijimos que las partes tienen la libertad de señalar la jurisdicción que van a aplicar en caso de conflicto, sin embargo la legislación en protección al consumidor hace una excepción al establecer que en los contratos celebrados por medios electrónicos donde una de las partes sea consumidor el juez competente lo será el del lugar de residencia de éste¹³⁴.

Los contratos pueden estar firmados de manera electrónica, para lo cual la legislación chilena elaboró la Ley 19799¹³⁵ en donde regula todos los aspectos relativos a dicha firma.

Primero que nada veremos cómo define esta legislación a la firma, ya que, en su artículo 2º, considera dos tipos: firma electrónica y firma electrónica avanzada.

“...f) Firma electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor...”

“...g) Firma electrónica avanzada: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría...”

Estos documentos firmados a través de firmas electrónicas, a decir del artículo 3 de esta ley, tienen la misma validez que los documentos escritos y con firma autógrafa. Sin embargo hay que estar atentos a las excepciones que se estipulan para el caso de los contratos en que se advierte que deben estar firmados de manera tal que la firma

¹³⁴ Cfr. Ibidem, pág. 226.

¹³⁵ Ley 19799 Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, publicada el 12 de abril de 2002, disponible en

http://www.ccechile.org/recursos/publicos/biblioteca/leyes/ley%2019799_firma_electronica.pdf

electrónica sea invalidada para ello; en los casos en que deba estar presente alguna de las partes y en los trámites de derecho familiar.

Para que los documentos públicos firmados electrónicamente tenga la calidad de instrumento público el artículo 4 indica que deberán firmarse a través de la firma electrónica avanzada.

Debido a que las operaciones electrónicas pueden producir errores en donde se vean vulneradas las garantías y seguridades de las partes, se han implementado los certificados de firma electrónica que son, de acuerdo a la definición del artículo 2° de la Ley 19799, “...b) *certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica...*”.

Esta ley autoriza, en sus artículos 11 y 12, a ciertas personas jurídicas nacionales o extranjeras para dar este servicio de certificación. Imponiéndoles las obligaciones de comunicar sus reglas a los usuarios, mantener accesibles los registros públicos y comprobar fehacientemente que la firma pertenece al solicitante.

Los certificados deben contener cierta información mínima para que su validez sea completa enunciados en el artículo 15:

- Código de identificación único.
- Identificación del prestador, nombre o razón social, rol único tributario, dirección de correo electrónico y antecedentes de su acreditación.
- Datos de identidad del titular, entre los que no deben faltar: nombre, dirección de correo electrónico y su rol único tributario.
- Plazo de vigencia.

Los certificados podrán ser emitidos en el extranjero, pero para su validez en esta Nación, deberán estar homologados a las leyes chilenas o bien a lo pactado por algún tratado internacional en que Chile sea parte y se encuentre vigente.

Los usuarios de estos servicios de certificación tendrán derechos y obligaciones que así enumera el artículo 23 de la Ley 19799, consistentes en tener la información para crear la firma y verificarla; que se les guarde privacidad en sus datos, notificar sobre el costo y formas de pago y que tengan acceso a los registros de prestadores acreditados.

Los contratos tienen fuerza de ley para las partes, quienes deben ajustarse a lo que han pactado, además de cumplir con todas aquellas cosas que emanan de la naturaleza propia de la contratación como lo disponen los artículos 1545 y 1546 del Código Civil.

Cuando un contrato ha sido celebrado en el extranjero, pero debe ejecutarse en territorio chileno el artículo 113 del Código de Comercio en concordancia con el 16 del Código Civil, disponen que tendrá que ajustarse a las disposiciones nacionales para las cuestiones de: entrega, pago, moneda, medidas, recibos, forma, responsabilidades por falta de cumplimiento. Es importante señalar que esto se puede modificar por acuerdo de las partes en el contrato. En donde es totalmente obligatorio la disposición de aplicabilidad de las leyes de Chile es cuando se trata de bienes situados dentro del territorio.

3.2. COMERCIO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA.

El Código Civil Español¹³⁶ establece la jerarquía de las leyes en su artículo 1º al señalar que *“Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*. Y que la costumbre sólo será aplicable cuando esté acorde a la moral y al orden público; los principios generales del derecho se aplicarán en caso de carecer de ley y de costumbre.

¹³⁶ Código Civil de España, publicado por Decreto de 24 de julio de 1889, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/codigo-civil-publicado-real-decreto-24-julio-1889/>

Ese mismo artículo le da calidad a los tratados internacionales, siempre y cuando hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado. Y finalmente la jurisprudencia entra en esta lista jerárquica para ser aplicada.

Para formar parte en la contratación comercial se requiere ser considerado capaz en términos de las leyes mercantiles, y por supletoriedad en las de orden común. El artículo 1º del Código de Comercio Español¹³⁷ considera comerciantes a aquellas personas que ejercen el comercio y lo hacen de manera habitual; así como a las compañías mercantiles o industriales creadas con apego a dicho ordenamiento jurídico.

Les otorga capacidad para ejercer el comercio en el artículo 4, a las personas mayores de edad que tengan libre disposición de sus bienes. En el caso de las personas casadas sólo se considerarán los bienes propios del que lo ejerza. La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años de edad, de acuerdo a lo señalado por el artículo 315 del Código Civil.

A los que les prohíbe el ejercicio del comercio son a decir de los artículos 13 y 14, los declarados en quiebra y los que así señalen otras leyes; así mismo los magistrados, jueces y funcionarios del Ministerio Fiscal en servicio activo, los jefes gubernativos, económicos o militares de distritos, provincias o plazas, Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados por el Gobierno, los agentes de cambio y corredores de comercio.

Los extranjeros y compañías constituidas en el extranjero sólo lo podrán ejercer si se apegan a las disposiciones españolas en términos del artículo 15 del Código de Comercio, en lo que se refiere a la capacidad para contratar, a la creación de

¹³⁷ Código de Comercio de España de 1885, publicado por Decreto de 16 de octubre de 1885, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/codigo-comercio-1885/#>

establecimientos dentro de territorio español, operaciones mercantiles y jurisdicción de los tribunales.

La legislación en su artículo 1263 del Código Civil, considera incapaces para contratar a los menores de edad no emancipados y a los incapacitados; y en su artículo 200 expande la definición de incapaces para los que tengan enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impida gobernarse por sí mismas.

Los contratos son aquellos que, de acuerdo al artículo 1254 del Código Civil, se forman por el consentimiento de una o varias personas con la voluntad de obligarse a dar una cosa o prestar algún servicio.

Encontramos en el artículo 50 del Código de Comercio la disposición que establece la ley aplicable a las contrataciones mercantiles y que lo es este código en mención, y, como ya se vio en la parte relativa a la jerarquía de las leyes, se aplicará de manera supletoria.

La validez de los contratos realizados por correspondencia telegráfica está condicionada a que se haya pactado este medio previamente por las partes en contrato escrito, esto con excepción de los que las leyes requieran que sean celebrados a través de escritura o con ciertas solemnidades, disposición regulada en los artículos 51 y 52.

Sin embargo para la celebración de contratos por vía electrónica, definidos por la Ley 34/2002¹³⁸ en su artículo 23 y en el inciso h) del anexo como *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos”*, queda sin efectos la obligación de pacto previo y quedarán validados estos contratos para los casos de que se exija su forma escrita siempre y

¹³⁸ Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, publicado el 12 de julio de 2002, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/ley-34-2002-servicios-sociedad-informacion-comercio-electronico/#>

cuando queden elaborados en un soporte electrónico. En los contratos de familia y sucesiones estas disposiciones dejan de tener aplicabilidad.

En la legislación especial sobre comercio electrónico la manera en que se les nombra a las negociaciones por estos medios es servicios de la sociedad de la información, concepto definido en el inciso a) del anexo de la Ley 34/2002 como: *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”*.

El Código Civil en su artículo 1280 señala los casos en que se requiere escritura o bien formalidades especiales:

- Actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.
- Los arrendamientos de los bienes antes señalados por seis o más años cuando perjudiquen derechos de terceros.
- Las capitulaciones matrimoniales.
- La cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios o de sociedad conyugal.
- Los poderes para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales, para administrar bienes.
- Cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública.
- Y los contratos con prestaciones de cuantía mayor de 1,500 pesetas.

Para que exista un contrato es necesario que existan los elementos señalados en el artículo 1261 del Código Civil que consisten en: consentimiento de las partes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación.

El consentimiento, en los contratos donde las partes están en diferentes lugares, se perfecciona, de acuerdo al artículo 54 del Código de Comercio, en el momento en que se manifiesta la oferta y ésta se acepta, pero sólo hasta que la aceptación es conocida por el oferente, salvo en el caso de los celebrados a través de dispositivos automáticos, que será desde que se manifieste la aceptación.

Si el destinatario pulsa el ratón y acepta la oferta se considerará creado el contrato, ya que lo importante es la aceptación sin importar momento en que se conoce la misma¹³⁹.

Las ofertas por medios electrónicos deberán cumplir con lo establecido por el artículo 20 de la Ley 34/2002 que tienen que indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan y comenzar con la palabra «publicidad» a fin de identificar el objetivo del mensaje electrónico.

Es de hacer notar que la legislación española tiene una gran diversidad de leyes que han logrado especializar la materia de contratación electrónica, por lo que se elaboró el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre¹⁴⁰, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril¹⁴¹, de condiciones generales de contratación.

En este ordenamiento, en su artículo 2º, se establece como primer requisito de la negociación electrónica que con tres días naturales de anticipación a la celebración del contrato deberá ponerse a disposición del adherente la información sobre todas y cada una de las cláusulas y hacer llegar por cualquier medio el texto completo de las condiciones generales.

¹³⁹ Cfr. PARDO GATO, José Ricardo. Las páginas “web” como soporte de condiciones generales contractuales, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2003, págs. 123 y 124.

¹⁴⁰ Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación, publicada el 31 de diciembre de 1999, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/real-decreto-1906-1999-regula-contratacion-telefonica-electronica-condiciones-generales-desarrollo-articulo-5-3-ley-7-1998-condiciones-generales-contratacion/#>

¹⁴¹ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, publicada el 14 de abril de 1998, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/ley-7-1998-condiciones-generales-contratacion/#>

Una vez que se cumple con lo antes señalado, el artículo 3º del mismo ordenamiento, señala que ya celebrado el contrato, se deberá entregar un soporte duradero de dicha negociación, lo más que puede tardar la entrega de dicha información será al momento en que se entrega el bien o se inicia el servicio. Se define al soporte duradero como: *“cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico”*.

El oferente, una vez que reciba la aceptación, está obligado, en términos del artículo 28 de la Ley 34/2002, a confirmar, en un plazo de 24 horas, su recepción ya sea mediante acuse de recibo por correo electrónico o bien a través de una confirmación que aparecerá al completar el procedimiento de contratación. Se exceptúan de esta obligación cuando las partes así lo hayan pactado y siempre que su calidad sea diferente a la de consumidor o cuando el contrato se realiza exclusivamente por medios electrónicos u otra comunicación similar, pero siempre que estos medios carezcan de fines para eludir el cumplimiento de las obligaciones ya mencionadas.

Al analizar este artículo que hemos señalado, España establece la teoría de la recepción para considerar que se ha manifestado el acuse de recibo, cuando señala: *“...En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones”*.

El comprador podrá desistirse sin penalización, dentro de un plazo de siete días hábiles a partir del día de recepción bien. Esta condición está contemplada en el artículo 44 de la Ley 17/1996 de 15 de enero, que se conserva aplicable en todas aquellas disposiciones que las nuevas leyes dejaron de tomar en cuenta.

Por regla general los contratos se presumen celebrados en el lugar en donde se hizo la oferta, así lo establece el artículo 54 del Código de Comercio; sin embargo en cuestión de contratación electrónica se presumirán celebrados en el lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual y cuando las partes sean empresarios o profesionales deberá ser el lugar en que esté establecido el prestador de servicios como lo señala el artículo 29 de la Ley 34/2002.

Para encontrar la legislación aplicable se tendrá que estar a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 34/2002 que señala que hay que acudir a las disposiciones de derecho internacional, al tomar en cuenta lo que señalan los artículos 2 y 3 del mismo ordenamiento.

Esta ley en comento establece en su artículo 2 que se aplicará para los prestadores establecidos en España, que lo serán los que tengan su principal administración y dirección de sus negocios ahí, de lo contrario el lugar que regirá lo será en donde se realicen estas actividades. También será aplicable para los que sin tener su residencia en España realicen la contratación a través de un establecimiento instaurado en dicha nación o bien que tenga registro mercantil en España.

Cuando el prestador se encuentre fuera de España pero dentro de algún Estado parte de la Unión Europea y el destinatario esté en territorio español, esta ley en su artículo 3 contempla que deberá regir sus actividades; siempre y cuando se trate de materia de: propiedad intelectual, emisión de publicidad por parte de instituciones de inversión colectiva, cuando el consumidor resida en España, cuando así lo dispongan las partes en el contrato, así como lo relativo a bienes inmuebles que se encuentren en territorio español.

Esta ley hace distinción entre los contratos celebrados entre empresario y consumidor o bien entre empresario y prestador de servicios de internet. El artículo 29, busca la protección del consumidor y establece que en el caso del primer ejemplo, el domicilio será el lugar en que el consumidor tenga su residencia habitual. Pero para el segundo ejemplo será primero el que pacten las partes, en su defecto el lugar en que se encuentre establecido el prestador de servicios de internet.

El artículo 23.3 señala que cuando se exija que la información deba constar por escrito se entenderá satisfecho, cuando quede un soporte electrónico de la operación.

El artículo 3 de la Ley 59/2003¹⁴², de firma electrónica señala que los documentos firmados electrónicamente serán admisibles como prueba documental en los juicios. *“La legislación establece con carácter general para los contratos electrónicos la admisión como medio de prueba documental de los soportes electrónicos incluso con independencia del empleo de cualquier firma electrónicos”*¹⁴³.

Hemos visto a lo largo de este estudio la necesidad de asegurar la identidad de las partes en las contrataciones por medios electrónicos, debido a que por carecer de la presencia y de la identificación de la persona podría resultar una negociación de mala fe, en perjuicio de alguna de las partes.

Para ello se han generado las firmas electrónicas, en el caso de España, considera de tres tipos y las define en su artículo 3º de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica.

¹⁴² Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, publicada el 20 de diciembre de 2003, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/ley-59-2003-firma-electronica/#>

¹⁴³ DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto. Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 136.

- Firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.
- La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que 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.
- Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Es de hacer notar que la firma electrónica reconocida tendrá el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel. *“Con respecto a las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido y generadas mediante un dispositivo seguro de creación de firma, no se limita a establecer una presunción de equiparación, sino que impone la equiparación”*¹⁴⁴.

La firma electrónica requiere un formato de verificación de autenticidad, así como una firma autógrafa podrá verificarse a través de una prueba en caligrafía; la tecnología ha creado sistemas para asegurar que sólo el actor legítimo haga uso de ella.

Para ello se han creado los certificados, definidos por el artículo 6 de la Ley 59/2003 como: *“un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad”*.

Cualquier persona, física o jurídica, puede ser prestador de servicios de certificación en términos de los artículos 2 y 5 de la ley en comento, sin necesitar una autorización previa

¹⁴⁴ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 135.

y será de libre competencia. Es importante señalar que la misma estará libre de restricciones cuando proceda de otro Estado miembro del espacio económico europeo.

El artículo 8 de este ordenamiento, establece que la vigencia será acorde a las características y tecnología empleada para generar los datos de creación de firma.

Existe una modalidad en los certificados que los nombra como certificados reconocidos, así se observa en el artículo 11 y que son los expedidos por un prestador de servicios de certificación con observancia de las disposiciones de ley en cuanto a la identidad de los solicitantes y a la fiabilidad y garantía de los servicios de certificación que presten y tendrán una vigencia de máximo cuatro años.

Estos certificados deberán reunir los siguientes requisitos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo en comento:

- Indicar que se trata de un certificado reconocido.
- Código único de identificación.
- Identificación del prestador de servicios de certificación que lo expide y su domicilio.
- Firma electrónica avanzada del prestador del servicio de certificación.
- Identificación del firmante. En el caso de las personas físicas se pondrá su nombre y apellidos, su número de documento nacional de identidad; y en el caso de personas jurídicas la denominación o razón social y su código de identificación fiscal.
- Datos de verificación de creación de la firma.
- Vigencia con la fecha de inicio y final.
- Límites de uso.
- Señalar las transacciones para las que puede utilizarse.

En el caso de que el certificado reconocido haya sido expedido en algún Estado fuera del espacio económico europeo se deberán observar los requisitos del artículo 14, para que sean válidos:

- Que el sistema utilizado para expedirlos corresponda a la normatividad del sistema voluntario de certificación establecido en algún Estado miembro de la comunidad europea.
- Que algún Estado miembro lo garantice.
- Que el certificado o prestador del servicio emisor esté reconocido por algún acuerdo bilateral o multilateral entre la comunidad europea y el Estado de donde proviene.

Los prestadores del servicio de certificación están obligados a cumplir con las indicaciones del artículo 18 de la Ley 59/2003 que consiste en:

- Evitar almacenar ni copiar los datos de creación de la firma.
- Comunicar al firmante sus obligaciones, la forma de custodia de los datos de creación de la firma, el procedimiento para comunicar la pérdida o posible utilización indebida de la firma y de verificación de la misma.
- Señalar los mecanismos para garantizar la fiabilidad de la firma electrónica.
- Método utilizado para comprobar la identidad del firmante.
- Establecer las condiciones de utilización del certificado, sus límites y las responsabilidades del prestador del servicio de certificación.
- Las instancias judiciales para la solución de conflictos surgidos por el ejercicio de la actividad de certificación.
- Mantener la información disponible para los terceros afectados por los certificados.
- Mantener un directorio de los certificados emitidos, y señalar sus vigencias o los casos de suspensión o extinción.

En el caso de certificados reconocidos, además deberán cumplirse con las obligaciones enmarcadas en el artículo 20:

- Demostrar la fiabilidad para prestar el servicio.

- Garantizar que pueden demostrar la fecha y hora en que se expidió, extinguió o suspendió el certificado.
- Que cuentan con personal capacitado para dar el servicio.
- Que cuentan con los procedimientos de seguridad.
- Que utilizan sistemas y productos suficientemente fiables para garantizar la seguridad técnica.
- Contar con sistemas de criptografía de los procesos de certificación.
- Que toman las medidas necesarias para evitar la falsificación de certificados.
- Garantizar la confidencialidad del firmante durante el proceso de generación de la firma.
- Conservar registrada la información por mínimo quince años, a fin de poder verificar las firmas en cualquier momento.
- Contar con sistemas para almacenar los certificados y que se pueda comprobar su autenticidad y evitar que sean alterados después de su creación.
- Deberán garantizar su responsabilidad a través de un seguro por, al menos, 3,000,000 de euros.

A fin de garantizar los procedimientos de creación de firmas, que son los datos únicos como códigos o claves criptográficas privadas que el firmante utiliza para la creación de la firma electrónica, y para lo que se han creado dispositivos de creación de firma que constituyen un programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de creación con base en el artículo 24 de la Ley 59/2003.

El artículo 7 de la Ley 59/2003 permite la obtención de certificados para las personas jurídicas. *“En el certificado electrónico debe incluirse la identificación de la persona solicitante, que tiene la responsabilidad de custodiar los datos de creación de firma asociados a cada certificado electrónico. Con respecto a la utilización de los datos de creación de firma, se prevé que sólo podrán ser utilizados cuando se admita en las relaciones de la persona jurídica con la Administración o en la contratación de bienes o servicios que sean propios o concernientes a su giro o tráfico ordinario, pudiendo rever la*

*persona jurídica límites adicionales en función de la cuantía o de la materia, que han de constar en el certificado*¹⁴⁵.

La Constitución española contempla, en su artículo 18.1, el derecho a proteger los datos dándole al interesado la facultad de garantizar el control, uso y destino de los mismos, así como impedir su tráfico ilícito y lesivo. Así podrá consentir si los otorga y el tratamiento que se les deba dar, dándole la posibilidad de conocer quién dispone de esos datos personales y el uso que les da.

Con la finalidad de que los solicitantes de estos certificados tengan asegurado que la información personal estará en resguardo y fuera de cualquier riesgo de ser conocida por quienes no tengan injerencia en negociaciones con ellos, el artículo 17 de la Ley 59/2003 y el 15 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, establecen condiciones que deben observar los prestadores del servicio de certificación con relación al resguardo de esta información.

- Los prestadores podrán recabar datos personales que sean indispensables para la expedición y mantenimiento del certificado del firmante y bajo su autorización.
- Los datos que recaben sólo podrán utilizarse para los fines que el solicitante ha consentido.
- Los prestadores del servicio de certificación estarán obligados a revelar la información cuando así lo soliciten los órganos judiciales.
- Los datos personales deberán permanecer fuera de los certificados.

En los artículos 1157 y 1162 del Código Civil se considera el pago es una forma de extinción de las obligaciones y consiste en haber entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía y deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada para recibir en nombre de ella. Cuando el pago sea en dinero deberá hacerse en la especie pactada, y por falta de capacidad de

¹⁴⁵ DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto. Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, págs. 139 y 140.

cumplir bajo lo estipulado, se podrá hacer en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España en términos del artículo 1170.

El lugar de pago será el lugar designado por las partes, a su falta y tratándose de entrega de cosa determinada el artículo 1171 señala que se pagará en el lugar donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. Para los demás casos lo será en el domicilio del deudor.

La legislación española ha creado instituciones que se dedican exclusivamente a posibilitar el pago en transacciones electrónicas. Para regular a estas instituciones se creó el Real Decreto 322/2008 de 29 de febrero, sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.

En su artículo 1º encontramos definidas a estas instituciones y en particular el dinero electrónico que es: *“el valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor que esté almacenado en un soporte electrónico, emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido y que es aceptado como medio de pago”*.

El artículo 57 del Código de Comercio consagra la regla principal de contratación al establecer que los contratos deben ejecutarse bajo los términos en que fueron celebrados y tendrán fuerza de ley entre las parte; sin embargo con la finalidad de proteger los derechos de los consumidores, que se ven en una situación de desventaja al carecer de posibilidad para negociar las cláusulas en los contratos de adhesión; esta regla queda limitada y se regulan los casos y circunstancias para determinar las reglas de contratación.

España ha creado para ello la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, mediante la cual regula que las cláusulas que se encuentren contenidas

eviten ser abusivas para los derechos de los consumidores y en la misma temática se elaboró la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En ambas leyes se protegen los derechos de los consumidores, por lo que hemos de definirlo en términos del artículo 2° de la Ley 26/1984 en donde se dice que: *“son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*.

Las condiciones generales se han de regular con la finalidad de que los contratos de adhesión contengan disposiciones equitativas para las partes, sobre todo que el consumidor sea tratado con igualdad y se evite que se abuse de su inexperiencia o falta de pericia comercial.

La Ley 7/1998 en su artículo 1° define lo que son las condiciones generales de contratación como: *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*.

Estas cláusulas deberán ser parte integrante del contrato, pero deben hacerse del conocimiento del adherente antes de que firme o consienta el contrato.

En caso de que la contratación pueda carecer de formalidad escrita, el artículo 15 establece las reglas que el oferente deberá hacer visibles estas condiciones generales dentro de su establecimiento, que las integre a la documentación que entrega con el bien o servicio o bien que las haga conocer de manera fehaciente. Para las contrataciones vía

telefónica o electrónica deberá constar la aceptación de todas y cada una de las cláusulas y se estará obligado a mandar por escrito constancia de la contratación efectuada.

El artículo 10 de la Ley 26/1984, señala las reglas que deben cumplirse al establecer las cláusulas, condiciones o estipulaciones para la oferta o promoción que debe ser: clara y sencilla en su redacción; que se evite reenviar a textos o documentos para su comprensión; se deberá entregar un recibo justificante de la operación; debe prevalecer la buena fe y equilibrio entre las partes y evitar el uso de cláusulas abusivas.

Las cláusulas abusivas son, de acuerdo a la definición que el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 “...*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...*”.

Unas de las disposiciones que señala esta Ley 26/1984 determina las características que deben guardar los contratos a fin de proteger los intereses de los consumidores. Así en su artículo 11 señala que debe notarse la voluntad de contratar de manera inequívoca, abstenerse de establecer plazos excesivos y los contratos se integran en beneficio del consumidor.

En la primera disposición final de la Ley 26/1984 se enlistan ejemplos de cláusulas abusivas que resumiremos a continuación:

- Las cláusulas que establezcan un plazo excesivamente largo o insuficiente para manifestar la aceptación.
- Reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato.
- La que vincule al consumidor con el contrato aún cuando el profesional incumpla.
- La imposición de una indemnización desproporcionadamente alta para el caso de que el consumidor incumpla.
- Supeditar la obligación a una condición que dependa exclusivamente del profesional.

- Fechas de entrega al arbitrio del profesional.
- La fijación del precio al momento de la entrega o el aumento sin opción a la rescisión del contrato.

Para los casos de los contratos de carácter electrónico se han dispuesto normas especiales a fin de proteger los derechos de los consumidores. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información deberán comunicar su registro mercantil, conforme lo dispone el artículo 9 de la Ley 34/2002 y deberá dar acceso, a los destinatarios y órganos competentes, vía medios electrónicos a la información que enuncia el artículo 10 de este mismo ordenamiento:

- Nombre o denominación social, domicilio, dirección de correo electrónico y demás datos de identificación.
- Datos de inscripción al registro mercantil.
- Si ejerce una profesión regulada deberá mencionar el colegio profesional al que pertenece, título académico y dónde fue expedido.
- Identificación fiscal.
- Precio del producto y cargo por gastos de envío.
- Códigos de conducta a que esté inscrito.

Aunado a lo anterior, cuando se realice un contrato por medios electrónicos el artículo 27 señala que deberá anunciarse al destinatario:

- Los trámites que deben seguirse para realizar la contratación.
- Si el documento electrónico mediante el cual se formalice la contratación será archivado y si se tendrá acceso al mismo.
- Los medios técnicos a que tiene acceso para la corrección de errores en la introducción de datos.
- La lengua en que podrá formalizarse el contrato.

Además de buscar la igualdad de condiciones entre las partes contratantes, y, como hemos visto, principalmente salvaguardar los derechos de los consumidores; también es

importante la protección de la información personal que se otorga al momento de la contratación.

Para ello el artículo 22 de la Ley 34/2002 menciona que cuando el usuario otorgue información de identificación para realizar la contratación y el prestador pretenda utilizarla para enviar comunicaciones comerciales, debe hacerse la advertencia a dicho usuario y además se tendrá la posibilidad de revocar la autorización en cualquier momento.

3.3. COMERCIO ELECTRÓNICO EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

Es importante tomar en cuenta que actualmente el internet se ha convertido en un mecanismo de publicidad muy efectivo, por lo que podemos recibir un sin número de correos electrónicos que tienen un contenido publicitario.

Para este tipo de comunicaciones, Estados Unidos de América tiene regulaciones estatales que han abordado este tema y por su importancia y crecimiento se ha adoptado una legislación de tipo federal denominada CAN-SAM-Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act, que entró en vigor el 1° de enero de 2004¹⁴⁶. Las principales disposiciones que contempla son: prohibir la información falsa o fraudulenta sobre el origen del mensaje, esto es que debe identificarse como una publicidad; dar la posibilidad a oponerse a seguir recibiendo este tipo de mensajes; incluir la dirección postal del remitente. Además de que propone la creación de un registro de personas que se opongan al envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico.

En el derecho anglosajón los precedentes son los que nos han dado el marco legal al cual ajustarnos, por lo que citamos dos casos en los cuales observamos las hipótesis para considerar oferta o bien una simple publicidad.

¹⁴⁶ Cfr. DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto. Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 211.

En el caso *Smith C. v. Hobby Lobby Stores Inc.* “Se consideró que un anuncio comercial en una página de internet no era contacto suficiente con el Estado para la apertura de una jurisdicción. Sin embargo, en el caso *Compuserve Incorporated v. Patterson, Richard* se consideró que la aceptación por parte del usuario de los términos y condiciones de contratación de la empresa predisponente era suficiente para justificar la jurisdicción del domicilio de la empresa”¹⁴⁷.

Este país ha adoptado dos legislaciones en materia de firma electrónica que son la Electronic Signatures in Global and National Commerce Act —E-Sign Act¹⁴⁸— y la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws —UETA¹⁴⁹—, esta segunda ha quedado casi en segundo plano debido a que la primera tiene bases de mayor uniformidad y contempla el principio de hacerla prevalecer sobre cualquier legislación estatal en materia de firma electrónica.

Su objetivo es promover el uso de la firma electrónica de una manera indiscriminada y con neutralidad tecnológica, establece que los documentos electrónicos tienen igual validez que los escritos y protege los derechos del consumidor al exigir que se debe dar información sobre el manejo y obtener su consentimiento para la aplicación en las transacciones en que participe¹⁵⁰.

En su sección 301 obliga al Secretario de Comercio a promover la aceptación y el empleo de la firma electrónica al cumplir con los principios de: eliminar obstáculos al comercio electrónico mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas; permitir a las partes determinar las tecnologías a través de las cuales se autentique; y la apertura para la aceptación de las firmas que provengan del extranjero.

¹⁴⁷ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto. *Negocios en internet*, Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005, pág. 17.

¹⁴⁸ Electronic Signatures in Global and National Commerce Act —E-Sign Act— del 30 de junio de 2000, disponible en <http://www.ftc.gov/os/2001/06/esign7.htm>

¹⁴⁹ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws —UETA—, de 1999, disponible en <http://www.nccusl.org/Update/>

¹⁵⁰ *Cfr.* DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto, *Derecho de comercio electrónico*, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 122.

Una de las formas que se han utilizado es el cheque digital, que aún cuando su desarrollo está en proceso, considera que la firma digital será una forma de signar estos documentos, dándoles un tratamiento similar a las tarjetas de débito¹⁵¹.

En este país la definición de dinero electrónico está dada por la Directiva 2000/46/CE¹⁵² en su artículo 1.3.b) donde señala que es: *“un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor: i) almacenado en un soporte electrónico; ii) emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido; y iii) aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor”*.

Estados Unidos de América reconoce la protección a la intimidad, pero sólo en el ámbito de los poderes públicos, ya que en materia comercial simplemente señala que debe estar en equilibrio con otros intereses sociales legítimos; por esta razón su protección se ha dado de manera sectorizada como por ejemplo en materia de: instituciones financieras, entidades de información sobre solvencia, televisión por cable, alquiler de videos y datos de menores de 13 años¹⁵³.

Debido al carácter sectorial de la protección aún faltan legislaciones que rijan estos aspectos; sin embargo han aparecido algunas entidades que buscan comprometer a sus afiliados a cumplir con los principios para garantizar a los usuarios su privacidad, como lo es la Federal Trade Commission, que ha creado un acta en la cual prohíbe las prácticas comerciales desleales y engañosas¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cfr. NÚÑEZ, Adriana. Comercio electrónico. Aspectos impositivos, contables y tecnológicos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 35.

¹⁵² 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), publicada en el Diario Oficial número 178 de 17 de julio de 2000, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>

¹⁵³ Cfr. DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto, Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, págs. 165 y 166.

¹⁵⁴ Cfr. DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto, Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, págs. 168 y 169.

Otra de las legislaciones que ha abordado el tema de la protección de datos es la Children's Online Privacy Protection Act¹⁵⁵, mediante la cual obliga a las empresas de comercio electrónico a incluir una política de privacidad en sus sitios, además que para recabar los datos de los menores se requerirá del consentimiento de los padres o tutores, dándoles información relativa de para qué se recaban los datos y si esa información se pretende transmitir a terceros, para que puedan decidir si lo permiten. Finalmente les otorga el derecho de disponer de esa información en cualquier momento, para poder hacer correcciones o incluso cancelarla cuando así lo consideren necesario.

Pone candados para la solicitud de información de los menores, como por ejemplo en lo relativo a juegos o concursos, en dónde sólo se podrá solicitar la información más necesaria para su participación.

La Gramm-Leach-Bliley Act¹⁵⁶ es otra de las legislaciones que protege los datos personales, en este caso en materia financiera, se contemplan a las entidades de crédito, compañías de seguros, agencias de valores y cualquier otra que proporcione productos o servicios financieros. En esta disposición se obliga a informar al cliente sobre las formas en que se recaba la información y dándole la libertad de ponerle límites a la comunicación que se haga a terceros.

¹⁵⁵ Children's Online Privacy Protection Act of 1998, disponible en <http://www.ftc.gov/ogc/coppa1.htm>

¹⁵⁶ Gramm-Leach-Bliley Act, 15 USC, Subchapter I, Sec. 6801-6809, Disclosure of Nonpublic Personal Information, disponible en <http://www.ftc.gov/privacy/glbact/glbsub1.htm>

CAPÍTULO 4

MODELOS LEGISLATIVOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO.

Ya hemos estudiado el derecho interno de algunos países en materia de comercio electrónico, como materia de una regulación propia de cada Estado y que por dichas razones puede variar de país a país con lo que se hacen difíciles las relaciones cuando las partes se encuentran en diferentes Estados.

A fin de lograr una armonía internacional se han adoptado dos sistemas: *“el de armonía legislativa de normas indirectas y el de la uniformidad de normas directas, tanto por medio de tratados internacionales con normas operativas como por medio de tratados con normas programáticas con el compromiso de los Estados de incorporarlas a su legislación interna”*¹⁵⁷.

Algunas ya se han hecho de observancia obligatoria entre sus miembros, como lo son las directivas emanadas del Parlamento Europeo, al hacer que los miembros del bloque conocido como Unión Europea apliquen estas normas. Sin embargo, otras disposiciones internacionales, que por cierto han legislado de manera amplia y acertada, sólo son informativas e invitan a los Estados a incorporar dichas normas a su legislación interna, pero se abstienen de la obligatoriedad de su observancia.

En este capítulo haremos referencia a las normas de carácter internacional al explicar su aplicación y sus determinaciones. Empezaremos con la disposición de mayor rango por su alcance y porque sus disposiciones son un marco legal que puede ser aplicado en cualquier Estado.

¹⁵⁷ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto. Negocios en internet, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005. pág. 13.

4.1. LEGISLACIONES DE APLICACIÓN INTERNACIONAL.

Durante el estudio de las diversas legislaciones que rigen la forma de llevar a cabo las contrataciones electrónicas encontramos que, independientemente de que cada Estado tenga la autonomía de dictar sus leyes; han existido diversos esfuerzos para unificar las legislaciones con la finalidad de lograr una adecuada relación comercial, en donde, al estar homologadas las legislaciones, las cuestiones jurisdiccionales resultarán de fácil observancia; sin tener que buscar los puntos de conexión entre las leyes de cada país.

4.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

A continuación haremos una breve reseña sobre la aplicación de cada una de estas normas internacionales; así como los Estados que forman parte de las mismas, obligándose a aplicarlas en sus transacciones comerciales.

4.2.1. LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL —CNUDMI — SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO¹⁵⁸.

Esta ley fue aprobada el 12 de junio de 1996 con la finalidad de facilitar el empleo de los medios de comunicación de vanguardia y regular las cuestiones sobre comunicaciones sin soporte de papel. Pretende ser una guía para los Estados al promulgar sus leyes sobre comercio electrónico y a su vez ser fuente de interpretación de instrumentos internacionales.

Los países que han adoptado las resoluciones de esta ley para aplicarlas a su legislación son: Australia, Brunei Darassalam, Cabo-Verde, China, Emiratos Árabes Unidos,

¹⁵⁸ Ley modelo sobre comercio electrónico, texto adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 29° periodo de sesiones, 28 de mayo a 14 de junio de 1996, Nueva York, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

Eslovenia, Filipinas, Francia, Guatemala, Irlanda, Jordania, Mauricio, México, Nueva Zelandia, Pakistán, la República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Venezuela y Viet Nam.

Otros Estados que han adoptado las disposiciones de esta ley con la reserva en materia de certificación y firma electrónica son: Colombia, Ecuador, la India, Panamá, la República Dominicana y Sudáfrica.

Esta ley está dividida en dos partes: la parte general en donde se señalan las normas vinculadas a la formación y cumplimiento de los contratos digitales, normas de interpretación, validez del instrumento digital, estándares técnicos para la aceptación de la firma digital y la admisión de los medios de prueba; la segunda parte es sobre comercio electrónico en materia de transporte.

En su primer artículo propone el texto para determinar el ámbito de aplicación, de la siguiente forma: *“La presente Ley será aplicable a todo mensaje de datos que se ajuste a la definición del párrafo 1 del artículo 2 y que se refiera al comercio internacional”*.

Hace la referencia sobre la protección a los derechos del consumidor, los cuales quedarán en primera observancia sobre estas normas. Su aplicación la determina sobre las materias de: operaciones comerciales de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; operaciones de representación o mandato comercial; factoraje; arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra; construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversión; financiamiento; banca; seguros; concesión o explotación de un servicio público; empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea y marítima o por ferrocarril y carretera.

Las partes gozarán de libertad, de acuerdo al artículo 4, para modificar las condiciones de contratación, y estipular diferentes a las que esta ley señala; siempre y cuando se respeten derechos fundamentales.

4.2.2. LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL — CNUDMI — SOBRE FIRMAS ELECTRÓNICAS¹⁵⁹.

Esta ley tendrá aplicación en todas las operaciones en donde se utilicen firmas electrónicas. Su objetivo es servir como referencia a los países para la elaboración de sus normas internas en esta materia. Sólo es aplicable en los supuestos en que se utilice la firma electrónica en cuestiones comerciales, sin establecer como única la cuestión contractual.

Los países que han observado estas disposiciones son: Cabo Verde, China, Guatemala, México, Tailandia, Emiratos Árabes Unidos y Viet Nam.

4.2.3. DIRECTIVA 2000/31/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 8 DE JUNIO, 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—¹⁶⁰.

Esta directiva tiene como finalidad reforzar la seguridad jurídica del comercio electrónico a fin de aumentar la confianza de los usuarios. Es aplicable a los servicios entre empresas,

¹⁵⁹ Ley modelo sobre comercio electrónico, texto adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 85° periodo de sesiones, 12 de diciembre de 2001, Nueva York, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

¹⁶⁰ 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), publicada en el Diario Oficial L 178 de 17 de julio de 2000, disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=2000&nu_doc=31

empresas y consumidores, servicios suministrados gratuitamente al beneficiario y servicios que permiten transacciones en línea.

Específicamente para los servicios de: periódicos, bases de datos, servicios financieros, profesionales, recreativos, marketing, publicidad directa; todos estos de tipo en línea; así como los servicios de acceso a internet. Se excluye de la contratación electrónica a las materias: inmobiliaria, excepto el arrendamiento; contratos que requieran de la presencia de autoridades públicas; contratos de caución, garantía o crédito y los relativos a derechos de familia de acuerdo a lo que señala el artículo 9.

Es de observancia para los Estados miembros de la Unión Europea que son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y el Reino Unido.

En su artículo 3 señala que para los prestadores de servicios de la sociedad la legislación aplicable será la del Estado miembro donde estén establecidos, basado en la norma del país de origen; al entender a éste como el sitio donde un operador ejerce de manera efectiva una actividad económica, a través de una instalación estable y por un tiempo indeterminado.

En su artículo 16 se propone la creación de códigos de conducta, a fin de que la directiva sea aplicada de manera correcta y efectiva. Para ello invita a las asociaciones de consumidores a participar en la elaboración y puesta en práctica de éstos.

Las excepciones para la observancia de esta ley las determinan el artículo 1 y 3 y el anexo 1; al señalar fuera de esta disposición o bien con posibilidad a limitantes a:

actividades de notaría, defensa ante la justicia, derechos de autor, obligaciones de los contratos de consumidores y su protección, protección de menores y salud.

4.2.4. 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 ELECTRÓNICA¹⁶¹.

Esta directiva establece el marco jurídico europeo de la firma electrónica y de algunos servicios de certificación, con el fin de facilitar su utilización y contribuir a su reconocimiento jurídico en los Estados miembros.

Los mecanismos que utiliza esta directiva para lograr su objetivo son: determinar obligaciones comunes para los proveedores de servicios de certificación a fin de garantizar el reconocimiento transfronterizo de las firmas certificadas en la Comunidad Europea; normas comunes en materia de responsabilidad a fin de dar confianza a los consumidores; y la utilización de mecanismos de cooperación para facilitar el reconocimiento transfronterizo de las firmas y certificados con terceros países.

Es de hacer notar que esta directiva se abstiene de afectar a las normas y limitaciones en relación con la forma de los contratos, así como las del uso de documentos y obligaciones de uso de papel para determinados contratos, previstas en el derecho nacional.

El artículo 4 determina la obligación para que los Estados miembros se abstengan de restringir la prestación de servicios de certificación cuando los procedimientos provengan de otro Estado miembro, en observancia a estas disposiciones.

¹⁶¹ 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, publicada en el Diario Oficial L 013 de 19 de enero de 2000, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:EN:HTML>

4.2.5. DIRECTIVA 2002/58 DE 12 DE JULIO DE 2002, SOBRE TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES Y LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN EL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS¹⁶².

Esta directiva es aplicable sólo en protección de derechos y libertades regidas por el derecho comunitario. Por lo que deja abierta la posibilidad para que los Estados miembros puedan regular las cuestiones de seguridad pública, defensa, seguridad del Estado y aplicación del derecho penal. Así respeta el derecho a estos miembros de tomar interceptar legalmente las comunicaciones electrónicas o tomar otras medidas cuando se busque la protección de los derechos antes mencionados.

En su primer artículo establece la dirección que debe tomar esta norma, en función de armonizar las disposiciones de los Estados miembros a fin de garantizar la protección de las libertades y derechos fundamentales, en particular, los de intimidad y la libre circulación de datos.

El ámbito específico de aplicación está señalado en el artículo 3 cuando determina que esta directiva será aplicable *“al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en las redes públicas de comunicaciones de la Comunidad”*.

4.2.6. DIRECTIVA 95/46/CE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES¹⁶³.

Esta directiva sólo será aplicable en lo que la número 2002/58/CE falte por regular y su finalidad es, de acuerdo a su artículo 1º, proteger las libertades y los derechos

¹⁶² Directiva 2002/58 de 12 de julio de 2002, sobre tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, publicada en el Diario Oficial L 201 de 31 de julio de 2002, disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002L0058&model=guichett&lg=en

¹⁶³ Directiva 95/46/CE tratamiento de datos personales, publicada en el Diario Oficial L 281 de 23 de noviembre de 1995, disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31995L0046&model=guichett

fundamentales de las personas físicas, principalmente los de intimidad. De igual forma prohíbe a los Estados miembros restringir la libre circulación de datos entre este grupo.

La directiva se aplicará, de acuerdo con el artículo 3, al tratamiento automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. DY deja fuera de esta regulación a los datos relativos a la seguridad pública, defensa, seguridad del Estado y materia penal.

4.2.7. DIRECTIVA 2000/46/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2000, SOBRE EL ACCESO A LA ACTIVIDAD DE LAS ENTIDADES DE DINERO ELECTRÓNICO Y SU EJERCICIO ASÍ COMO LA SUPERVISIÓN CAUTELAR DE DICHAS ENTIDADES¹⁶⁴.

Esta directiva tiene como finalidad regular a las entidades de dinero electrónico, así lo señala su artículo 1º; en embargo en su considerando 15 se señala que los Estados miembros estarán eximidos de aplicar estas disposiciones cuando las entidades se dediquen a actividades únicamente dentro de ese país.

Así mismo se deja fuera de la observancia de esta norma a los casos enunciados en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 2000/12/CE, relativos a instituciones de crédito de diversos países.

4.2.8. CONVENIO DE ROMA DE 1980 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Directiva 2000/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades, publicada en el Diario Oficial el L 178 de 17 de julio de 2000, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>

¹⁶⁵ Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, publicada en el Diario Oficial C 027 de 26 de enero de 1998, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):ES:HTML)

Este convenio tiene una vigencia de 10 años, renovable por periodos de 5 años, con la posibilidad de denunciarlo y con ello dejaría de tener efectos sólo para el Estado que haga la misma, estas disposiciones están contenidas en el artículo 30.

Los miembros de esta convención son: Albania, Alemania, Andorra, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Barbados, Belarús, Bélgica, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Cabo Verde, Camboya, Canadá, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Dominica, Ecuador, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kirguistán, la ex República Yugoslava de Macedonia, Lesotho, Letonia, Líbano, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, México, Mónaco, Montenegro, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, República de Moldova, República Dominicana, Rumania, Santa Lucía, Santa Sede, Serbia, Suecia, Suiza, Tayikistán, Togo, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela (República Bolivariana de) y Vietnam.

Este convenio rige las situaciones de conflicto de leyes en lo relativo a contratos incluidos los relativos a los destinados a suministro de bienes muebles corporales o de servicios a un consumidor que tenga por razón un uso diferente al profesional y a los contratos de financiamiento de dichos suministros; con excepción de las materias de estado civil, capacidad de las personas, testamentos, sucesiones, matrimonio, derechos de familia, parentesco, afinidad y obligaciones alimentarias; letras de cambio, cheques, pagarés; cuestiones relativas a sociedades, asociaciones y personas jurídicas; a los servicios de transporte regulados por los artículos 1, 4, 5 de este convenio.

El artículo 10 señala las cuestiones del contrato que serán regidas por este convenio y que lo son: la de interpretación; ejecución de obligaciones; extinción prescripción, caducidad y nulidad.

El artículo 3, otorga la libertad a las partes para determinar la ley aplicable al contrato o a una parte de él. Cuando las partes se abstengan de elegir legislación, el artículo 4 determina que se aplicará la del país con que tenga los lazos más estrechos. Entendiéndose el lugar en que la parte que deba prestar la obligación tenga su residencia habitual o, en el caso de personas jurídicas, su administración central. Para el caso de que el contrato tenga como objeto un derecho real inmobiliario será el lugar en donde se encuentre dicho bien.

4.2.9. TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO 1940¹⁶⁶.

Este tratado fue elaborado con la finalidad de establecer un mercado común latinoamericano que proporcione y regule el comercio mutuo, contempla la economía y fomenta acciones de cooperación económica que contribuyan al aumento de los mercados.

Los Estados que lo han ratificado, hasta la fecha son: Argentina, Paraguay y Uruguay.

En el caso de Uruguay y Perú hay algunas reservas que hicieron y por lo que dichos artículos están fuera de la observancia de estos países.

4.3. CONSENTIMIENTO—OFERTA Y ACEPTACIÓN—.

En el análisis que ha recorrido esta investigación hemos determinado ciertos elementos que son necesarios para la contratación electrónica: que debe iniciar con la oferta y consumarse el consentimiento con la aceptación. Ahora bien estos elementos deben ser transmitidos vía un mensaje de datos, lo que hace a la operación de tipo electrónica.

¹⁶⁶ Tratado de derecho civil internacional de Montevideo 1940, suscrito el 19 de marzo de 1940, publicado por Decreto 7771/56 de 27 de abril de 1957, disponible en <http://www.consulex.com.ar/Legislacion/Leyes/Tratado%20derecho%20procesal%20internacional%20Montevideo%201940.htm>

La única, de estas legislaciones, que define al mensaje de datos es la Ley Modelo de la CNUDMI de 1996 en su artículo 2: *“...se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudiera ser, entre otros, el intercambio de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”*.

En complemento a esta definición, la Directiva 2002/58/CE define al correo electrónico, en su artículo 2, como: *“todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”*.

El mecanismo a través del cual se manifiestan las comunicaciones es llamado, por la Ley Modelo, sistema de información, al cual define como: *“todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos”*.

Para la Ley Modelo, en su artículo 2, el oferente es: *“toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él”*. Que de manera más simple es definido en la Directiva 2000/31/CE con la básica expresión de que el *“Prestador de servicios: es cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”*.

El aceptante es definido por la Ley Modelo en su artículo 2, la Directiva 2000/31/CE, Directiva 2002/52 y la Directiva 95/46/CE; en donde todas estas disposiciones coinciden en considerar que es aquél que está designado para recibir el mensaje, que utilice el servicio de la información para buscar referencias o hacerlas accesibles, quien utiliza el servicio de comunicaciones electrónicas o aquél que recibe una comunicación de datos.

En los artículos 11 y 12 de la Ley Modelo la utilización del mensaje de datos para la expresión de la oferta y aceptación tiene total validez.

El mensaje de datos es tratado de acuerdo al artículo 13 como imputable al iniciador cuando lo ha enviado por él mismo, o bien cuando lo ha hecho alguna persona autorizada en su nombre para realizarlo.

La Directiva 2000/31/CE considera, en su artículo 2, la oferta como una comunicación comercial en donde el objetivo sea proporcionar bienes, servicios o la imagen de una empresa.

La legislación de la Unión Europea permite que cualquiera sea prestador de servicio, y evita que se requiera de una autorización especial, salvo en profesiones reguladas. Pero sí establece normas para garantizar la protección del destinatario que se refieren a darle acceso a ciertos datos como son los enumerados en los artículos 4 y 5 de la Directiva en comentario:

- Nombre del prestador de servicios.
- Dirección geográfica del prestador de servicios.
- Señas para identificar al prestador de servicios y ponerse en contacto de manera directa, así como su correo electrónico.
- Si está registrado, señalar el nombre del registro y su número.
- Si la actividad requiere de cierta autorización, los datos de la misma.
- En el caso de profesiones reguladas deberá indicar: Colegio profesional o institución y título profesional y Estado miembro en donde se expidió.
- En caso de actividades grabadas, el número de identificación del registro correspondiente.

Para la Directiva 200/31/CE las ofertas deberán ser identificable como tales, saber de qué persona provienen, señalar las condiciones de los descuentos, premios y regalos así como de concursos o juegos en términos del artículo 6..

Cuando se trate de comunicaciones sin que hayan sido requeridas el artículo 7 establece que deben ser identificadas como tales a fin de que el receptor tenga el conocimiento claro y pueda decidir si la recibe o no. Para ello es de señalarse que la comunidad europea cuenta con unas listas de exclusión en donde se muestran los datos de las personas que han señalado su rechazo para recibir este tipo de ofertas, y que es obligación para los miembros de esta comunidad evitar el envío de dicha comunicación.

También hay información previa a la contratación que es obligatoria para el oferente y que se reduce a hacer del conocimiento del usuario los pasos técnicos que debe seguir para realizar la transacción, la forma de corregir errores al llenar el pedido, las lenguas en que se redactará el contrato, si el mismo será registrado y si estará accesible para su consulta.

Una de las obligaciones para que las comunicaciones electrónicas tengan validez la observamos en el artículo 10 de la Directiva 2000/31/CE que es que las mismas puedan ser consultadas por el contratante y las pueda almacenar y reproducir.

Para algunas legislaciones se ha hecho importante la situación del acuse de recibo como medida de seguridad, que puede ser opcional u obligatoria. En la Ley Modelo de la CNUDMI se deja a voluntad de las partes determinar si se aplica o se deja de exigir.

Podrá acordarse, previamente, la obligación de cumplir con el acuse de recibo para que se tenga por recibida la aceptación. Cuando se haya omitido señalar específicamente el modo en que ese acuse deba darse se considerará conforme al artículo 14, hecho

mediante cualquier tipo de comunicación automatizada o diferente o bien cualquier acto del oferente que haga indicar que ha recibido dicha información.

Para la Comunidad europea se considera obligatoria la necesidad de acusar recibo para validar las comunicaciones. Así lo indica el artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE: *“El pedido, es decir la aceptación, sólo quedará concretada cuando se acuse recibo, que será tomado como recibido en el momento en que la parte a la que va dirigido tenga acceso a él”*.

En materia de contratación electrónica, además de la vía de correo electrónico, se presenta la forma de manifestar el consentimiento de ofertas expuestas en páginas web. Para tal efecto la Directiva 2002/58 ha sido totalmente específica al señalar en su considerando 17 que: *“...El consentimiento podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo mediante la selección de una casilla de un sitio web en internet”*.

En el contrato se tendrá por manifestado el consentimiento de acuerdo a las leyes que deban aplicarse de acuerdo a la voluntad de las partes o al seguir los lineamientos que establece el Convenio de Roma de 1980, que son de acuerdo a la condición del país en que se encuentren las partes y a sus domicilio. Pero cuando se trate de actos de representación, la ley que regirá lo será la del domicilio de éste así lo dispone el artículo 9 de este ordenamiento.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 en sus artículos 1 y 4 determina una regla importante en materia de capacidad de las partes para contratar. Este estado será determinado, en el caso de las personas físicas, por la ley del domicilio de la misma; para las personas jurídicas, lo será el del lugar en el que se pretendan llevar a cabo las acciones.

4.4. LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

Las contrataciones, por regla general, se regirán por el domicilio de las partes. Para esto hay que entender cuál es ese domicilio, de acuerdo a algunas situaciones en específico. La importancia de determinar el domicilio es porque esa ley regirá los actos en relación a las formas y solemnidades. Para el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 sus artículos 36 y 37 señalan que en cuestión de contratación la ley que se aplicará será la del lugar en que deban cumplirse.

Este Tratado establece reglas para la determinación del domicilio en sus artículos 5 al 10, 32 al 35, 38, 40 al 43; e indica que el domicilio será el de residencia habitual con ánimo de permanecer en él. Cuando sea difícil determinar ese lugar, entonces lo será el de residencia habitual del grupo familiar, constituido por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; también se considerará el del lugar donde se encuentre el centro principal de su negocio y a falta de cualquiera de las anteriores, el de simple residencia.

Las personas físicas tendrán su domicilio en el lugar donde se asiente el principal de sus negocios. Los cónyuges tendrán su domicilio en el lugar en que viven de consumo y si se carece de identificación, entonces lo será el del marido. Cuando una mujer se ha separado mantendrá el del domicilio conyugal, hasta que señale uno nuevo; si fue abandonada mantendrá dicho domicilio, salvo que demuestre que se ha domiciliado en otro país. Para los incapaces será el lugar de residencia de su representante, quien observará el lugar donde se encuentre su representación.

Para el caso de los bienes, se regirán por el domicilio donde se encuentren situados. Los derechos sobre créditos se regirán por el lugar en donde deban cumplirse las obligaciones emanadas de ellos y si no se puede determinar, lo será el que tenía en el momento de adquirir la obligación el deudor.

Los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley en donde existían al momento de la celebración. Las que recaigan sobre cosas determinadas por su género y cosas fungibles, será el domicilio que tenía el deudor al momento de la celebración.

Las obligaciones derivadas de prestación de servicios serán regidas, si recaen sobre cosas, por las leyes del lugar en donde existían; si se refieren a un lugar específico, las de ese domicilio; para cualquier otro caso será el del domicilio que tenía el deudor al momento de la celebración.

Los actos y contratos en donde sea difícil determinar el lugar de celebración, que sería el que rige, obedecerán al lugar en que deban cumplirse las obligaciones. Los contratos accesorios se rigen por la ley del principal. En caso de contratos celebrados por correspondencia o mandatario, observarán las del lugar del cual partió la oferta aceptada.

Para el caso de determinar de dónde salió el mensaje de datos el artículo 15 de la Ley Modelo dice que se considerará el que las partes establezcan; a falta de esta decisión, se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que salió del control del iniciador.

Para la recepción existen las siguientes opciones: cuando se designó un sistema de información, se tendrá por recibido cuando entre a dicho sistema; cuando se envía a un sistema que sea diferente al designado, cuando el destinatario recupere el mensaje; cuando ha habido omisión en determinar el sistema, se tendrá por recibido cuando entre en un sistema de información del destinatario.

La expedición y recepción del mensaje, a falta de acuerdo, se considerará la del lugar donde el iniciador y el destinatario tengan su establecimiento, respectivamente. Si tienen más de un establecimiento se considerará el que tenga relación más estrecha con la

operación subyacente, y si falta ésta, será el del establecimiento principal. Cuando se carezca de establecimientos, se considerará el lugar de residencia habitual.

Existen otras formas de identificación del lugar en el que se generan los mensajes. Para esto la Unión Europea ha sido más específica al determinar los datos de localización los cuales están definidos en el artículo 2 de la Directiva 2002/58 como: *“cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”*.

En complemento a lo anterior, el considerando 14 de esta directiva señala que: *“los datos de localización pueden referirse a la latitud, la longitud y la altitud del equipo terminal del usuario, a la dirección de la marcha, al nivel de precisión de la información de la localización, a la identificación de la célula de red en la que está localizado el equipo terminal en un determinado momento o a la hora en que la información de localización ha sido registrada”*.

4.5. FIRMA ELECTRÓNICA.

La firma electrónica nació como un mecanismo a través del cual se generara una mayor seguridad en la identificación de las partes y se garantiza que al momento de manifestar la voluntad, se evite que sea hecha por persona sin autorización para actuar en nombre de otra. Es el equivalente a la firma autógrafa que se exige en la celebración de algunos contratos.

“Presupuesto básico de la normativa internacional y de las legislaciones más avanzadas en materia de firma electrónica es su neutralidad tecnológica, que responde al objetivo de

*que las normas no son elaboradas para el empleo de una tecnología concreta de firma electrónica, de manera que no sean un obstáculo a la rápida evolución tecnológica*¹⁶⁷.

La Ley Modelo de la CNUDMI establece la regla general para el tratamiento de la firma electrónica en su artículo 7 al establecer condiciones mínimas para su aplicación y valoración, que son repetidas por la Ley Modelo en materia de firma electrónica en su artículo 6. *“Tanto el concepto de mensaje electrónico como el de firma electrónica empleados en el artículo 2 son conceptos abiertos, que no aparecen vinculados al uso de ninguna tecnología y que, en el caso del concepto de firma, comprende únicamente dos de las funciones atribuidas tradicionalmente a las firmas manuscritas, la identificación del firmante y la indicación de que aprueba la información recogida en el mensaje”*¹⁶⁸.

De esta forma prevé que en los casos en que se exija la firma de una persona, éste quedará satisfecho aún sin una autógrafa; siempre y cuando se utilice un medio para identificar a la persona que aprueba la información incluyendo la necesidad de que el método sea fiable.

Los requisitos que establece el artículo 6 de la Ley Modelo sobre firmas electrónicas para considerar fiable a la firma son: los datos de creación son exclusivamente del firmante y se encontraban bajo su control y se puede detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de expedirla.

El artículo 11 impone a la parte que confía, que deberá verificar la fiabilidad de la firma electrónica o su validez así como las limitaciones del certificado; sin embargo esto puede resultar excesivo para las empresas de países menos industrializados que carezcan de conocimientos y medios para cumplir con esta disposición¹⁶⁹.

¹⁶⁷ DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto. Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 113.

¹⁶⁸ Ibidem, pág.119.

¹⁶⁹ Cfr. DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto. Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 120.

La Comunidad Europea, quien se ha distinguido por buscar una legislación que otorgue mayores seguridades, ha elaborado la Directiva 1999/93/CE, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

Las primeras disposiciones que señala esta directiva, en su artículo 2, son las definiciones de dos tipos de firmas electrónicas, la simple y la avanzada. La simple son *“los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medios de autenticación”* y la avanzada es *“la firma electrónica que cumple con los requisitos siguientes: estar vinculada al firmante de manera única; permitir la identificación del firmante; haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; y estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable”*.

El artículo 5, de esta Directiva establece que una firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma, satisface el requisito jurídico de las firmas 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 es admitida como prueba en procedimientos judiciales.

Una de las condiciones fundamentales de esta firma, es que emerja de un dispositivo seguro de creación, que al analizar el Anexo III ponemos entender que se refiere a aquellos que garanticen que los datos utilizados para generarla sólo pueden producirse una vez en la práctica y son secretos; así mismo que se asegura que los datos contenidos son veraces y que la firma es infalsificable porque se protege con tecnología para ello. También se asegura que los datos de creación puedan ser protegidos por su titular para evitar que otra persona los use en su nombre.

Para que las firmas electrónicas tengan una seguridad tal, que su falsificación o uso indebido se evite, se han revestido del llamado certificado.

La Directiva 1999/93/CE se ha distinguido por definir y regular lo relativo a la firma electrónica y sus certificados. Para lo cual, en su artículo 2, establece lo que debe entenderse como los elementos y participantes de un certificado.

El certificado es: *“la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a una persona y confirma la identidad de ésta”*.

Los entes que realizan esta actividad son llamados proveedores de servicios de certificación y esta disposición establece que la podrán ejercer sin necesidad de autorización especial para ello.

Para que estos certificados sean reconocidos deben cumplir con ciertos lineamientos enunciados en los anexos I y II en donde enmarca el contener con datos de identificación tanto del que expide como del documento mismo, su vigencia, y datos a través de los cuales se verificó la firma.

Los proveedores serán responsables, en términos del artículo 6, de: garantizar la veracidad de la información contenida; demostrar que el firmante contaba con la identificación que le autorizaba para el uso de la firma; registrar las revocaciones de los certificados; determinar los límites de su uso y número de transacciones que se puedan consignar en el certificado.

Los certificados expedidos en el extranjero serán reconocidos y se les dará validez si cumplen con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley Modelo sobre firmas electrónicas, que presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente al exigido en el país en el que se le pretende dar validez.

4.6. VALOR PROBATORIO.

El artículo 2 del Convenio de Roma de 1980 contempla la posibilidad de que los actos jurídicos puedan ser acreditados a través de cualquier medio de prueba que pueda ser presentado ante los tribunales.

Los mensajes de datos cuentan con validez y reconocimiento, tal y como lo indica el artículo 5 de la Ley Modelo; y para los casos en que se exige la forma escrita en los contratos, se le dará misma calidad si la información del mensaje puede ser consultada posteriormente, dispuesto por el artículo 6. Los casos de exclusión de lo antes mencionado serán, de acuerdo al artículo 7, cuando se requiere de la firma de una persona determinada, salvo que se utilice un método totalmente confiable para demostrar la identidad de la persona.

La obligación de presentar el documento original quedará satisfecha bajo las condiciones que establece el artículo 8 al demostrar que la información se ha resguardado y evitado cualquier modificación de lo contenido al momento de generarse el mensaje de datos y se pueda mostrar dicha información cuando sea requerida.

El artículo 9, complementa el reconocimiento del valor probatorio al señalar que debe demostrarse la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; de su conservación y de la forma de poder identificar al iniciador.

Para considerar que los datos han sido debidamente conservados, el artículo 10 establece ciertos requisitos que se resumen en: que la información pueda ser accesible para su consulta posterior; el mensaje sea conservado en el formato en el que se creó, se envió o se recibió; y que se pueda identificar el origen y destino del mismo, así como la fecha y hora en que se realizaron dichas acciones.

4.7. FORMAS DE PAGO.

En el estudio de esta investigación hemos detectado diversos sistemas de pago que se han aplicado para facilitar las transacciones electrónicas. Sin que encontremos una ley que sea específica de la regulación en este tema ya que se han adaptado diversas formas bancarias para subsanar este aspecto.

Encontramos una disposición importante en el Directiva 2000/31/CE, que en su artículo 5 señala que es indispensable, que al señalar el precio, deba indicarse si contiene o cuáles serán los cargos adicionales por concepto de impuestos y gastos de envío.

La Comunidad Europea cuenta con una Directiva identificada como 200/46/CE en la que regula a las entidades de dinero electrónico, donde las bases básicas se refieren a la constitución y funcionamiento más que a los medios de pago, pero en ella podemos encontrar la definición de lo que se entiende como dinero electrónico, en su artículo 1 y que a letra dice: *“Dinero electrónico: un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor: almacenado en un soporte electrónico, emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido, aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor”*.

4.8. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

Cada país ha elaborado normas para proteger la actuación del consumidor en las participaciones contractuales, al tomar en cuenta su posición de desventaja en la que se encuentra frente a los ofertantes de bienes y servicios.

En la legislación internacional sólo encontramos en la Directiva 2000/31/CE la mención protectora a esta parte del contrato, cuando en su artículo 1 señala que esta directiva *“...deberá estar atenta de respetar, en primera instancia, las disposiciones sobre*

protección al consumidor". Este ente se entiende como *"cualquier persona física o jurídica que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión"*¹⁷⁰.

El Convenio de Roma es otra de las normas que busca proteger los derechos de los consumidores al establecer, en su artículo 3, que la ley aplicable en los contratos donde estos participan lo será la del domicilio del consumidor, y con mayor énfasis el artículo 5 señala que, a pesar de que las partes tienen derecho a elegir la ley que rija, *"...no puede privar al consumidor de la protección que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (que funcionan como estándar mínimo de protección en esos casos)"*¹⁷¹.

Para que esta hipótesis se lleve a cabo es indispensable que la oferta sea hecha en el Estado del domicilio del consumidor y que supondríamos que el mismo la ha leído en dicho lugar. *"El envío de un mensaje de correo electrónico a una persona debe ser normalmente equiparado a estos efectos al envío a su domicilio de un mensaje por correo postal"*¹⁷².

Cuando los anuncios se hacen mediante una página web entramos en un conflicto porque habría que identificar la voluntad del empresario por dirigir la oferta a un lugar específico, *"para lo que hay que valorar indicios —que no suelen ser determinantes— como el idioma empleado (el uso de idiomas como el inglés o el español va en contra de la limitación territorial de la oferta) o las divisas en las que aparecen los precios y el modo de pago"*¹⁷³.

4.9. PROTECCIÓN DE DATOS.

Uno de los factores que ha dificultado las contrataciones electrónicas es el temor que tienen los usuarios sobre la información que transita por su utilización. Se teme que se

¹⁷⁰ Artículo 2, Directiva 2000/31/CE.

¹⁷¹ DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto. Derecho de comercio electrónico, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 109.

¹⁷² Ibidem, págs. 109 y 110.

¹⁷³ Ibidem, pág. 110.

haga un mal uso de los datos que se otorgan al hacer una contratación como lo son los personales y los de los medios de pago.

La Directiva 95/46/CE ha hecho un arduo esfuerzo por buscar medidas de seguridad de los datos, a fin de que los usuarios se sientan confiados al acceder a estos sistemas.

Los artículos 6 y 7 establecen condiciones que deberán observarse al recabar los datos como lo son el hecho de que se traten de manera leal y lícita; que tengan un objetivo explícito y se haya informado, al que los otorga, de dicha finalidad; que se puedan actualizar en cualquier momento; que puedan ser conservados, para identificar a los interesados, durante el tiempo pertinente para el que fueron recabados. Se pide que para poder tener control de estos datos se debe obtener la autorización de la persona que los otorga y que su obtención sea necesaria para la obligación jurídica o contrato que se celebra.

Al recabar estos datos, el artículo 8 prevé que deben garantizar que los mismos carezcan de establecer categorías que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, cuestiones de salud o sexualidad, salvo que el interesado otorgue su consentimiento o se busque su obtención por una actividad legítima sin fines de lucro, política o de índole de investigación médica, asistencia sanitaria bajo el secreto profesional.

Los interesados deberán contar en todo momento con el derecho de acceder a su información, saber en qué categorías aparecerá, quiénes tendrán acceso a sus datos, bloquear parte o toda la información, como lo dispone el artículo 12.

La Directiva 2002/58 tiende a hacer hace una extensa regulación sobre el tratamiento de los datos, en particular sobre esa información que será expuesta en las guías, para lo que deberá tenerse la autorización del interesado y podrá señalar qué datos quiere que

aparezcan accesibles; aunado a que deberá ser informado de manera clara y precisa de cuáles serán dichas guías. Asegurándosele que podrá salir de ellas en el momento en que lo decida.

CONCLUSIONES

1.- El comercio es relevante para cualquier país debido a que el intercambio de productos y servicios conlleva al crecimiento a su desarrollo de cada Nación.

2.- El comercio electrónico va en aumento debido a que el uso del Internet que cada día ocupa mayores espacios al crecer un 16.4% de internautas de 2007 al 2008, de acuerdo a la Asociación Mexicana de Internet en su estudio de hábitos de los usuarios del servicio de internet de mayo de 2009. Con esto observamos que este medio de comunicación y comercialización se está posicionando hasta el punto en que se vuelve de uso común, cotidiano y sobre todo ágil, fácil y cómodo.

3.- Las ventas a través de internet se han incrementado en un 70% del 2007 al 2008, según el estudio de la Asociación Mexicana de Internet con lo que observamos que el nuevo campo comercial está ubicándose en las diversas redes de internet.

4.- El marco legal en México ha tratado de abarcar los diferentes aspectos en donde tiene injerencia la contratación electrónica; sin embargo le hace falta regular más específicamente los aspectos de firma electrónica, protección al consumidor y formas de pago; a fin de hacer más confiable la operación comercial.

5.- En materia de pago, los mecanismos de pago han sido delegados al sistema financiero y bursátil del país. Así queda limitada la legislación en esta materia debido a que los sistemas de pago evolucionan de manera muy rápida y nuestra legislación todavía establece condiciones más tradicionales y su reforma lleva una velocidad lenta en comparación con el crecimiento de la tecnología.

6.- Otro punto trascendental de este estudio es la situación sobre la jurisdicción aplicable en cada caso. Las teorías que hemos expuesto, sobre cuál debe ser el lugar de celebración del contrato para de ahí establecer la jurisdicción aplicable para la interpretación y cumplimiento de las contrataciones. Es aquí donde mi conclusión es tajante, con base en todas las soluciones que aportan las diversas legislaciones internacionales. Básicamente debe aplicarse el derecho del lugar en que el bien inmueble se encuentre, para esos casos. En todos los demás será el lugar en donde se encuentre el deudor o su establecimiento principal.

6. BIBLIOGRAFÍA

CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, Primer Curso, México, Porrúa, 2004.

DE MIGUEL ASENSIO, Miguel Alberto, Derecho del Comercio Electrónico, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Tomo I, Madrid, 2001.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio, Comercio electrónico en internet, 1ª edición, Marcial Ons, España, Madrid, Barcelona, 2001.

GRAHAM, James A., El derecho internacional privado del comercio electrónico, Editorial Themis, 1ª edición, México, 2003.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 15 edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

NÚÑEZ, Adriana. Comercio electrónico, Aspectos impositivos, contables y tecnológicos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

PARDINI A., Aníbal, Derecho de internet, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002.

PARDO GATO, José Ricardo. Las páginas "web" como soporte de condiciones generales contractuales, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2003.

PINA DE VARA, Rafael de, Elementos de derecho mercantil mexicano, Editorial Porrúa, México, 2005.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. Ciencia del derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones, Editorial Porrúa, México, 2002.

R

AMÍREZ VALENZUELA, Alejandro, Introducción al derecho mercantil y fiscal, Editorial Limusa, Noriega, México, 2004.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica, Editorial Universidad externado de Colombia, Segunda edición, Colombia 2002.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick, Manual de derecho de comercio y de internet, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Colombia, 2006.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, teoría general del contrato, contrato en especial, Registro Público de la Propiedad, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, Derecho comercial, contratos mercantiles, reglas generales, compra venta, transporte, seguro y operaciones, 5ta edición, Tomo III, Volumen 1, colección Manuales Jurídicos, Santiago de Chile, 2003.

SARASA LÓPEZ, Miguel Ángel, Criptografía digital, fundamentos y aplicaciones, editorial Presas Universitarias de Zaragoza, España 1998.

SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, Negocios en internet, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, Contrato por adhesión Ley No. 19.496, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, Chile, 2002.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

HEMEROGRAFÍA

ARIAS DE RINCÓN, María Inés. La formación y perfeccionamiento del contrato por internet, Revista Chilena de Derecho, Vol. 29, sección estudios, 2002.

BÁEZ REYES, Danilo. La contratación electrónica como nueva forma de desarrollo contractual, Revista de Derecho, segunda época, Año X, No. 6, Enero-Junio 2004, Santiago de Chile.

CASTRILLÓN LUNA, Víctor M., la recodificación sustantiva del derecho mercantil, Revista Derecho Privado, Novena Época, Año III, Número 7, Enero-Abril 2004.

DE LA GUARDIA, Carlos, La evolución del comercio electrónico, en Revista Razón y Palabra, No. 20, Noviembre 2000 a Enero 2001, consultada en la página de Internet http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n20/20_cguardia.html

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés en su artículo El contrato de adhesión ante la doctrina y el derecho nacional y comparado, La Revista de Derecho, Segunda Época, Año IX, No. 4, Enero-Junio 2003, Santiago de Chile.

PIAGGI, Ana I., "El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios", en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires N° 23, julio/septiembre 1999.

PINOCHET OLAVE, Ruperto Andrés, La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte IV: El lugar de formación del consentimiento, Revista *Ius et praxis*, derecho de la región, Año 12, No. 1, Universidad de Tolca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Chile, 2006.

PIZARRO WILSON, Carlos, La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Volumen 6, No. 2, Julio-Diciembre, Bogotá, Colombia, 2004.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 1889, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Children's Online Privacy Protection Act of 1998, disponible en <http://www.ftc.gov/ogc/coppa1.htm>

Código Civil de Chile, publicado en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2000, disponible en <http://www.diariooficial.cl/>

Código Civil de España, publicado por Decreto de 24 de julio de 1889, disponible en <http://www.derecho.com//boe/codigo-civil-publicado-real-decreto-24-julio-1889/>

Código Civil de la Nación, publicado por el Departamento de Justicia en Buenos Aires, septiembre 29 de 1869, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> . Código de Comercio publicada por la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, 5 de octubre 1889, disponible en http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109500/texactley2637_titulopreliminar.htm. Ley 24.240 Ley de Defensa al Consumidor, publicada en el Boletín Oficial el 15.10.93, disponible en http://www.buenosaires.gov.ar/areas/produccion/def_consumidor/24240.php?menu_id=74

Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873, disponible en http://www.dafp.gov.co/leyes/C_CIVIL.HTM

Código de Comercio de Chile de 1865, publicado el 23 de noviembre de 1865, disponible en <http://www.diariooficial.cl/>

Código de Comercio de España de 1885, publicado por Decreto de 16 de octubre de 1885, disponible en <http://www.derecho.com//boe/codigo-comercio-1885/#>

Código de Comercio de la República de Colombia, publicado por Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, disponible en <http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/comercio/tblcndo.htm>

Constitución Nacional de Argentina, dada en la sala de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, en la ciudad de Santa Fe, el 22 de agosto de 1994, disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

Constitución Política de Chile de 1833, publicada el 25 de mayo de 1833, disponible en <http://www.bcn.cl/ecivica/histcons>

Constitución Política de Colombia de 1991, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#0>

Decreto 1279/97 Telecomunicaciones, publicada en el Boletín Oficial el 1° de diciembre de 1997, disponible en <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/1279-97.htm>

Decreto 2628/2002 publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 2002, disponible en <http://www.policia.rionegro.gov.ar/PaginasMenu/Legislacion/DecretosNacionales/Decreto%20Nac.N%C2%B0%202628-2002%20Reqlamentaci%C3%B3n%20Ley%20Firma%20Digital.%20>

Decreto 724/2002 publicado en el Diario Oficial 44786 del 1 de mayo de 2002, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5263>

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, publicada en el Diario Oficial L 013 de 19 de enero de 2000, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:EN:HTML>

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), publicada en el Diario Oficial número 178 de 17 de julio de 2000, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>

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), publicada en el Diario Oficial L 178 de 17 de julio de 2000, disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type doc=Directive&an doc=2000&nu doc=31

Directiva 2000/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades, publicada en el Diario Oficial el L 178 de 17 de julio de 2000, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>¹

Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, publicada en el Diario Oficial C 027 de 26 de enero de 1998, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):ES:HTML)

Directiva 2002/58 de 12 de julio de 2002, sobre tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, publicada en el Diario Oficial L 201 de 31 de julio de 2002, disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002L0058&model=guichett&lg=en

Directiva 95/46/CE tratamiento de datos personales, publicada en el Diario Oficial L 281 de 23 de noviembre de 1995, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:95046:ES:HTML>

lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31995L0046&model=guichett

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act —E-Sign Act— del 30 de junio de 2000, disponible en <http://www.ftc.gov/os/2001/06/esign7.htm>

Gramm-Leach-Bliley Act, 15 USC, Subchapter I, Sec. 6801-6809, Disclosure of Nonpublic Personal Information, disponible en <http://www.ftc.gov/privacy/glbact/glbsub1.htm>

Ley 19799 Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, publicada el 12 de abril de 2002, disponible en http://www.ccechile.org/recursos/publicos/biblioteca/leyes/ley%2019799_firma_electronica.pdf

Ley 25.506 Firma Digital publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 2001, disponible en <http://www.sice.oas.org/e-comm/legislation/arg/arg25506.asp>

Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, publicado el 12 de julio de 2002, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/ley-34-2002-servicios-sociedad-informacion-comercio-electronico/#>

Ley 527 de Colombia, publicada el 18 de agosto de 1999 en Santa Fe de Bogotá, disponible en http://www.contratos.gov.co/Archivos/normas/Ley_527_1999.pdf

Ley 554/97 publicado en el Boletín Oficial el 23 de junio de 1997, disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=44083>

Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, publicada el 20 de diciembre de 2003, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/ley-59-2003-firma-electronica/#>

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, publicada el 14 de abril de 1998, disponible en <http://www.derecho.com/l/boe/ley-7-1998-condiciones-generales-contratacion/#>

Ley modelo sobre comercio electrónico, texto adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 29º periodo de sesiones, 28 de mayo a 14 de junio de 1996, Nueva York, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

Ley modelo sobre comercio electrónico, texto adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 85° periodo de sesiones, 12 de diciembre de 2001, Nueva York, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws —UETA—, de 1999, disponible en <http://www.nccusl.org/Update/>

Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación, publicada el 31 de diciembre de 1999, disponible en <http://www.derecho.com/boe/real-decreto-1906-1999-regula-contratacion-telefonica-electronica-condiciones-generales-desarrollo-articulo-5-3-ley-7-1998-condiciones-generales-contratacion/#>

Tratado de derecho civil internacional de Montevideo 1940, suscrito el 19 de marzo de 1940, publicado por Decreto 7771/56 de 27 de abril de 1957, disponible en <http://www.consulex.com.ar/Legislacion/Leyes/Tratado%20derecho%20procesal%20internacional%20Montevideo%201940.htm>

PÁGINA WEB

ALTAMIRANO, Marcos, Comercio Electrónico, en Boletín Tres, Febrero 2004, consultado en Octubre 2009, <http://www.tress.com.mx/boletin/febrero2004/comercio.htm>.

ASOCIACIÓN MEXICANA DE INTERNET (AMIPCI), www.amipci.org.com, 2009.

HERNÁNDEZ, Oscar. La globalización, el comercio electrónico y Venezuela en el nuevo milenio, Caracas, Venezuela, 8 de abril de, Biblioteca electrónica de Caracas – Venezuela, consultado en Octubre 2009, Disponible en: <http://www.analitica.com/bitbliblioteca/ohernandez/globalizacion.asp>

MARIÑO LÓPEZ, Andrés. Los contratos de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo, en: www.diariojudicial.com.

