



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho
Seminario de Derecho Civil

" El Contrato Electrónico
y sus Formalidades en la
Legislación Mexicana"

TESIS

Que para optar al Título de
Licenciado en Derecho

Presenta:

Beatriz Morales López

Asesor: María Leoba Castañeda Rivas



C.U. 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

*A MI AMADO PADRE CELESTIAL,
EL CREADOR DE LA VIDA
AL QUE DEBO MI EXISTIR,
TODO LO QUE TENGO Y LO QUE SOY
POR QUE HASTA AQUÍ TU ME HAS AYUDADO,
NUNCA ME HAS DEJADO,
NUNCA ME HAS DESAMPARADO.*

*A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POR HABERME BRINDADO UN LUGAR EN SUS AULAS Y LA
OPORTUNIDAD DE SER PARTE DE ELLA.*

*A LA DOCTORA MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
GRACIAS POR SU DISPOSICIÓN, GUÍANZA Y DIRECCIÓN
PARA LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO.*

*A MI MAMÁ
GRACIAS POR TU APOYO INCONDICIONAL,
DEDICACIÓN Y AMOR
A LO LARGO DE ESTOS AÑOS
... TE AMO DIOS TE BENDIGA..*

*A MI HERMANO ENRIQUE
GRACIAS POR CREER EN MI
ERES UN EJEMPLO
DE PERSEVERANCIA Y DISCIPLINA.*

*A MI PAPÁ: EFRAIN RAMÍREZ ZARATE
GRACIAS POR ADOPTARME, POR DARMÉ
TODO EL AMOR DE TU CORAZÓN,
POR TU APOYO BRINDADO
SIEMPRE ESTARÁS EN MI CORAZÓN.*

*A LA LIC. MA. GENOVEVA TURCIO ACOSTA
GRACIAS POR SU APOYO Y AMISTAD
SU PASIÓN POR EL DERECHO,
SU HONESTIDAD, LEALTAD
Y CALIDAD HUMANA ME INSPIRA..
QUE EL DIOS DE LOS CIELOS
LA BENDIGA, LE PROSPERE
Y LE GUARDE SIEMPRE.*

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO.- GENERALIDADES DEL CONTRATO.....	3
A. El Contrato y el convenio, concepto y diferencias.....	
B. Formación del contrato	
1. Integración del consentimiento.....	4
C. Requisitos de existencia y de validez de los contratos.....	6
D. Tipos de contratos.....	14
E. Clasificación doctrinal de los contratos.....	20
F. Efectos y alcance legal de los contratos entre presentes y no presentes.....	21
1. Obligatoriedad y ejecución de los contratos	24
G. La evolución de los contratos	27
H. El Internet y los medios electrónicos como una nueva forma de contratar.....	30
1. La contratación electrónica.....	35
a. Concepto y contenido del contrato electrónico.....	39
CAPÍTULO SEGUNDO.- El contrato electrónico y sus formalidades en la legislación mexicana.....	43
A. Aspectos del ámbito electrónico y la importancia de su regulación legal.....	
1. Jurídico.....	
2. Económico.....	
3. Político.....	44
4. Social.....	45
B. Problemática jurídica de la formación del contrato electrónico.....	46
1. El contrato electrónico y sus formalidades en la legislación mexicana.....	50
2. Validez jurídica del contrato electrónico.....	52

3. La exigibilidad judicial de los contratos realizados a través de medios electrónicos.....	54
4. Medios probatorios del contrato electrónico y valoración de la prueba en juicio.....	56
C. La firma electrónica en México.....	63
D. Delitos y fraudes electrónicos.....	66

CAPÍTULO TERCERO.- Protección a los contratantes por medios electrónicos.....70

A. Antecedentes normativos.....	
B. Legislación actual aplicable al contrato electrónico.....	71
1. El Código Civil Federal.....	
2. El Código Federal de Procedimientos Civiles.....	73
3. La Ley de protección al consumidor	75
4. Código Fiscal de la Federación	77
5. El Código de Comercio	81
6. Ley de Instituciones de Crédito.....	86
C. Tribunales competentes para resolver controversias de comercio electrónico..	88
D. Autoridades o entidades de certificación del contrato electrónico.....	90
E. Protección a los contratantes por medios electrónicos.....	93
F. Instituciones competentes para conocer controversias sobre contratación electrónica.....	98
G. Órganos competentes del Estado para resolver controversias de contratación electrónica.....	106

H. Propuesta para la elaboración de un formato uniforme de contratación electrónica	108
---	-----

CAPITULO CUARTO.- El contrato electrónico en el ámbito internacional privado.....113

A. Normas conflictuales del Derecho Internacional Privado.....	
B. Normas materiales del derecho Internacional Privado.....	115
C. Normas de aplicación inmediata del Derecho Internacional Privado.....	117
D. Derecho uniforme.....	118
E. “Lex mercatoria”	120
F. Situaciones jurídicas generadas en México y reconocidas en el extranjero....	121
G. Extraterritorialidad de la aplicación de las leyes.....	123
H. Principios generales para la aplicación de la norma en materia internacional.....	127
CONCLUSIONES.....	130
BIBLIOGRAFIA.....	133
GLOSARIO.....	136

PROLOGO

El derecho como disciplina dinámica, como ya lo sabemos, debe adecuarse a los cambios sociales, por lo cual es indispensable que tanto, profesores, docentes, alumnos, litigantes y juristas en general, nos involucremos en el estudio de las nuevas e innominadas figuras del derecho creadas a través de los novedosos medios electrónicos, en contraposición a las figuras jurídicas tradicionales conocidas y reglamentadas hasta hoy, pues no podemos hacer caso omiso al impacto del avance tecnológico de nuestro siglo, en este tenor, debemos advertir que no solo veremos la aparición de la contratación electrónica, como una nueva modalidad en materia de contratos sino otras figuras jurídicas, de las cuales habrá que estudiar su clasificación, su reglamentación, la legislación aplicable, las formas y mecanismos de protección a los usuarios, entre otros aspectos no menos importantes que los mencionados.

Por otra parte, considero que siendo el uso de los medios electrónicos y el desmedido avance tecnológico un fenómeno no alejado de la realidad, por el contrario, cada día mas común, suscitándose así situaciones en las cuales entra la labor del abogado, en un futuro tal vez no muy lejano el ámbito electrónico, puede llegar a constituir una rama especial del derecho, por lo que surgirán determinadas materias que deberán impartirse en nuestra preciada Universidad y por supuesto en la Honorable Facultad de Derecho, para lo cual debemos estar abiertos a las nuevas propuestas y a otros novedosos temas de estudio; Así el presente trabajo de investigación pretende ser pues una pequeña ventana al estudio de los medios electrónicos en la ciencia del derecho.

INTRODUCCIÓN

En nuestros días hemos experimentado el impacto del desarrollo tecnológico e informático, que revolucionó la forma tradicional en la que se llevaban a cabo actividades y hábitos cotidianos, otorgando mayor rapidez, comodidad y facilidad a todas ellas, abriendo infinidad de mercados y haciendo posibles transacciones de todo tipo, esto a través de medios electrónicos siendo la red mundial de Internet la mas importante en nuestros días, lo que dio origen a un nuevo espacio llamado cibernético” un espacio virtual creado por la red global Internet, en la cual se desarrollan relaciones económicas, jurídicas y sociales, culturales etc.

Dadas estas circunstancias es que nace el llamado comercio electrónico que se refiere a realización de cualquier transacción comercial mediante la utilización de herramientas electrónicas y telecomunicaciones, denominadas medios electrónicos, tales como fax, teléx, teléfono, software, intercambio de mensajes de datos y redes cerradas como Internet etc., con el objeto de agilizar el proceso comercial reduciendo tiempos y costos. Ahora bien, atendiendo a las transacciones de tipo jurídico, se encuentra el contrato electrónico, que es aquel para cuya celebración el hombre se vale de la tecnología informática y de los medios electrónicos, mediante redes de comunicación, pudiendo consistir su objeto en obligaciones de cualquier naturaleza, es todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones como es la red mundial Internet.

Luego entonces el nacimiento de ésta nueva modalidad de contratar, requiere una reflexión jurídica en la que se establezca si las normas, reglas y legislación que han regido tradicionalmente a los contratos son aplicables al llamado contrato electrónico, o bien, si es necesaria una adecuación de éstas al mismo, pues la contratación en general se ha servido de elementos para garantizar la prueba de los mismos, el común de los medios para la contratación, desde su invención ha sido el papel, mas adelante se le han adherido elementos de confianza como son los testigos y en algunos caso la exigencia de un notario, sin embargo, hoy en día la contratación por medios electrónicos se reduce a los *bits* organizados, el

soporte ya no es el papel sino el magnético y óptico, abriendo una brecha que posibilita la vulneración de derechos, garantías y libertades fundamentales.

Debido a esta problemática es que hemos considerado al contrato electrónico como objeto del presente trabajo de investigación, el cual se divide en cuatro capítulos, que tienen como objetivos principales la identificación del contrato electrónico en el derecho como una nueva modalidad de contratación, la importancia de su regulación en los aspectos jurídico político, social y jurídico, su formación, las formalidades que debe revestir para la exigibilidad judicial de su cumplimiento, los medios probatorios y su valoración en juicio así como los medios de protección a los contratantes, la legislación aplicable y los órganos e Instituciones competentes para conocer de los mismos, y como parte adicional las normas y principios aplicables al contrato electrónico en el ámbito internacional, ya que las relaciones en la red pueden vincular situaciones y sujetos con otros sistemas jurídicos, todo esto con la finalidad de dar a conocer los alcances, beneficios y consecuencias de la contratación electrónica ya que en muchas ocasiones podemos ser objetos de fraudes o estafas por el desconocimiento de derechos y obligaciones que se pueden contraer a través de la red.

CAPÍTULO PRIMERO.- GENERALIDADES DEL CONTRATO

A. El Contrato y el convenio, concepto y diferencias

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1792 define al convenio como "el acuerdo de dos o mas personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones" y en el numeral 1793 señala "que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos", luego entonces, debemos entender que el contrato es un genero del convenio que produce y transfiere derechos y obligaciones y los convenios *strictu sensu* modifican o extinguen derechos y obligaciones, sin embargo, aunque nuestra legislación hace la distinción entre ambos, les da el mismo efecto jurídico, esto, con fundamento en el artículo 1859 del ordenamiento antes citado, que establece que "las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros acto jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

El contrato también es considerado una fuente de las obligaciones que, a través de la unión de voluntades a la cual denominamos consentimiento se transfieren y producen derechos y obligaciones, es un acto jurídico bilateral, puesto que se requiere como lo veremos mas adelante, que ambas partes manifiesten su voluntad ya sea de manera expresa, tacita o por signos inequívocos, pues se trata de un hecho que es deseado, en su conformación y en sus consecuencias jurídicas y además es acto jurídico que produce efectos patrimoniales.

De lo anterior podemos concluir que para que podamos presumir que estamos frente a un contrato, es menester la exteriorización de la voluntad de las partes, a la que llamamos consentimiento, de lo contrario, cuando solamente una de las partes ofrece al publico un servicio o un bien, estamos frente a una oferta lisa y llana.

B. Formación del contrato

El contrato se forma cuando la voluntad de las partes se funde entre si, esto es, lo que denominamos consentimiento, y de esta forma celebrar un acto jurídico que consista en la creación y/o transmisión de derechos y obligaciones.

Al respecto el Código Civil para el Distrito Federal, señala en el artículo 1796 que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se forman obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la Ley”.

1. Integración del consentimiento

El consentimiento es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como “manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente” ¹. Para el tema que desarrollaremos en este trabajo, debemos entender como consentimiento la suma de dos o mas voluntades para la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

El consentimiento en los contratos se integra con dos elementos que son la oferta y la aceptación, se requiere de dos emisiones de voluntad, dos declaraciones unilaterales y de esta manera el acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente, lo que recibe el nombre de aceptación.

La oferta es una declaración unilateral de la voluntad, es decir, la manifestación de una de las partes únicamente, consistente en una propuesta de celebrar un acto jurídico, lo que presume que se tiene el propósito de producir derechos y obligaciones, ésta no debe ser entendida desde el punto de vista de los sujetos ya que pueden ser varios sujetos actuando conjuntamente quienes hacen la oferta la cual va dirigida a un mismo acto, siendo este, al que el aceptante en su momento se obligara.

La oferta debe contener los elementos característicos del contrato que se pretende celebrar, no debe omitir señalar datos indispensables como son la especie y las condiciones en que se desea celebrar, pues de lo contrario, el aceptante estaría ante un estado de indefensión si se une a tal propuesta.

¹ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Editorial Porrúa.p 321

La oferta debe estar dirigida a otra persona que la debe recibir y complementar para integrar un acuerdo o consentimiento, esa persona puede ser alguien especialmente elegida, una persona determinada, o cualquier otra persona a la que se le ofrezca la propuesta, o bien, una persona indeterminada que desee contratar y reúna los requisitos impuestos.

La oferta puede ser entre presentes, cuando el destinatario de esta puede hallarse en comunicación inmediata o en reunirse en un mismo sitio con el oferente, o entre ausentes cuando tanto el oferente como el aceptante se encuentran distantes y no les sea posible tener una comunicación directa o reunirse con facilidad, por la distancia entre ambos o cualquier otra circunstancia.

Excepcionalmente la oferta produce por si sola una obligación a cargo de su autor cuando en ella se señala un plazo para su vigencia y cuando ésta es entre no presentes, en ambos casos obliga a su autor a mantener su promesa durante los plazos convenidos o legalmente indicados, a excepción de los casos anteriores, la oferta no produce consecuencia alguna si no fuere aceptada.

Por su parte la aceptación es una declaración unilateral de voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta. Pero si esta aceptación es condicionada o sujeta a modificaciones no puede ser considerada como una aceptación propiamente dicha, sino como una contra oferta.

La aceptación debe ocurrir durante la vida de la oferta, ya que si la oferta es retirada antes de la aceptación o antes de que el destinatario concierte la oferta no habrá contrato, asimismo, la aceptación, también puede ser retirada haciendo llegar al oferente su retractación.

La manifestación de la voluntad para la integración del consentimiento debe exteriorizarse de manera expresa o tácita. La expresa consiste en manifestar por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos el deseo de crear o transmitir derechos y obligaciones, la tácita se exterioriza por una conducta por la cual se pueda inferir de ella la voluntad para la celebración del contrato, es decir, por la simple realización de los actos o conductas que presuman la voluntad de la otra parte.

El silencio no es manifestación de la voluntad y por ello no se puede presumir del mismo una propuesta o aceptación del contrato. El silencio presenta un significado equivoco por eso el consentimiento necesariamente tiene que demostrarse, ya que si una de las partes mantiene silencio no se puede presumir que hay aceptación por lo tanto no hay contrato.

El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala que:

No hay consentimiento y por lo tanto no hay acuerdo de voluntades cuando:

1. Hay un error en la naturaleza del contrato
2. Hay error sobre la identidad del objeto.
3. En los contratos *intuiti personae*, (aquellos que se celebran con una persona específica).²

Determinar el momento en que se forma el acuerdo de voluntades es de gran importancia para nuestro tema ya que, a partir de entonces, surge el consentimiento, nace el contrato y empieza a producir sus efectos legales, pues antes de la formación del consentimiento no hay contrato ni obligaciones.

C. Requisitos de existencia y de validez de los contratos

Por otro lado el contrato esta conformado también por elementos o requisitos de existencia y validez. Los elementos de existencia o de esencia, son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede nacer como tal a la vida jurídica, puesto que si carece de alguno de ellos, se vería afectado de una nulidad absoluta, que lo dejaría sin surtir efecto alguno; por su parte los elementos de validez, no impiden el nacimiento del acto jurídico, por lo que, si el contrato carece de alguno de estos elementos, éste puede llegar a subsanarse, y el mismo solo estaría afectado de una nulidad relativa, sin embargo la consecuencia inmediata sería la ineficacia del acto jurídico.

² PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. Novena Edición. México 2003 p.22

1. **Requisitos de existencia**

Los requisitos de existencia también son denominados de esencia o estructurales y son indispensables para que exista el contrato en el mundo del derecho y surta sus efectos jurídicos.

El Código Civil para el Distrito Federal los menciona en el artículo 1794 de la siguiente manera:

Para la existencia de los requisitos del contrato se requiere:

- I. Consentimiento
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato

a. consentimiento

El consentimiento, como ya lo estudiamos anteriormente, es el acuerdo o suma de dos o mas voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones, éste debe recaer sobre el objeto jurídico y material del contrato.

La manifestación de la voluntad, debe exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables. El consentimiento entre presentes se perfecciona al instante, es decir, al mismo momento en que las partes expresan su voluntad.

Cuando el consentimiento entre ausentes, se expresa por teléfono, a través de cualquier medio óptico o de cualquier tecnología, que permitan la expresión de la oferta y la aceptación, de forma inmediata, se entiende que el consentimiento se perfecciona, en éste momento y se considera como si las partes estuvieran presentes.³

Cuando la contratación es por telégrafo, siguiendo lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1811, podemos decir que el consentimiento se perfecciona si los contratantes habían pactado con anterioridad esta forma de contratar y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes.

Cuando la contratación es por carta existen cuatro teorías con respecto al perfeccionamiento del consentimiento:

³ ibidem pp. 22, 23.

1.- La declaración: esta teoría señala que el perfeccionamiento del consentimiento se da cuando el que por carta ha recibido la oferta o policitud y expresa verbalmente o por escrito que esta de acuerdo en celebrar el contrato.

2.- La expedición: esta teoría señala que el perfeccionamiento del consentimiento se da cuando el que recibió la oferta policitud esta de acuerdo, manifiesta su aceptación por escrito y envía la carta por correo.

3.- La recepción: esta teoría señala que el perfeccionamiento del consentimiento se da cuando el oferente o policitante recibe por carta la aceptación.

4.- Información: esta teoría señala que se tiene por perfeccionado el consentimiento una vez que el oferente o policitante hace saber al aceptante que recibió su aceptación.⁴

El Código civil para el Distrito Federal se rige por la teoría de la recepción de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1807 que señala que “.. el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta... ”

b. el objeto materia del contrato

El objeto como el segundo elemento de existencia del contrato, lo analizaremos desde tres puntos de vista que son: el objeto directo, el objeto indirecto y el objeto material.

El objeto directo se refiere a las consecuencias de derecho que consisten en producir, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y como lo puntualizamos en lo que se refiere al contrato solo concierne el producir y transferir derechos y obligaciones.

El objeto indirecto por su parte se refiere a la contraprestación de dar, hacer o no hacer a la que se obliga una de las partes, es decir, es la entrega, la acción o la abstención de una conducta.

⁴ Ibidem pp.24,25

Y por ultimo el objeto material consiste en la cosa misma, se refiere a que el contrato debe versar sobre cosas que existen en el tiempo y espacio determinado y que están dentro del comercio, así como ser determinadas o determinables.⁵

Luego entonces los elementos de existencia del contrato son:

- El consentimiento y
- El objeto.

2. Requisitos de validez

Los elementos de validez, como lo señalamos anteriormente, no impiden que el contrato nazca a la vida jurídica, sin embargo, la carencia de alguno de ellos puede provocar la ineficacia del mismo, éstos se fundamentan en el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

ARTICULO 1795.- el contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas
- II. Por vicios del consentimiento
- III. Porque su fin o su motivo sea ilícito
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

La capacidad

La capacidad puede ser de goce y de ejercicio, la de goce es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, por regla general se presupone que todos los individuos son capaces desde su nacimiento, de esta manera nos encontramos que el *naciturus* o el “no nacido” se encuentra protegido por la Ley desde su concepción, siempre y cuando se cumpla la condición de que sea viable, es decir, que sea desprendido del seno materno y presentado al Registro Civil vivo dentro de las próximas 24 horas a su nacimiento; sin embargo existen excepciones a esta regla que mas adelante analizaremos, por su parte la capacidad de ejercicio es la aptitud para poder ejercer por si mismo los derechos y cumplir con las obligaciones.

⁵ BEJARANO, Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. Segunda Edición. México 1985. p 68

Existen incapacidades especiales de goce, como es el caso de los extranjeros que no pueden adquirir en propiedad las zonas limitadas a 100 Km de la frontera y 50 km de las playas.

Ahora bien, existen dos tipo de incapacidades que son las generales y las especiales, las generales se encuentran establecidas en el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que tienen incapacidad natural y legal “I.- Los menores de edad, II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible o que por su estado particular de discapacidad ya sea de carácter física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por si mismos o por algún medio que lo supla”, estos incapacitados solo pueden ejercer sus derechos por medio de su representante legal como padres, tutores o curadores, según lo que determine la ley para cada caso.

La incapacidad especial y legal esta contemplada en el artículo 2280 del Código Civil para el Distrito Federal y se refiere a las personas mayores de edad que no se encuentran en los casos citados anteriormente, y que sin embargo, se ven impedidos de actuar por la relación que tienen con una persona o bien con una cosa, como es el caso de los tutores y curadores que no pueden contratar con sus pupilos, los mandatarios, los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado, los interventores nombrados por el testador o por los herederos, los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia y los empleados públicos que no pueden adquirir los bienes que administran y a los jueces y abogados que tampoco pueden comprar los bienes que fueron objeto del litigio en el que intervinieron.

De lo anterior podemos decir, que la incapacidad natural es aquella que posee una persona por su condición de minoría de edad, estado de interdicción o demás incapacidades establecidas por la Ley y por su parte ,la incapacidad legal es la que señala la Ley respecto de un status o relación que se tienen con una persona o bien con una cosa.

b. ausencia de vicios en el consentimiento

El consentimiento debe darse en forma libre y veraz de tal manera que las partes estén de acuerdo en las condiciones, el objeto y en las formalidades del contrato, es por eso que éste no debe estar afectado por ningún vicio, como son el error, el dolo, la mala fe, la violencia o la lesión.

El contrato que está afectado por alguno de los vicios antes enunciados, sufre de una nulidad relativa, es decir, deja de surtir todos sus efectos hasta que dicho vicio sea subsanado y haya desaparecido o bien, hasta que la parte afectada ratifica su voluntad y de esta forma se vuelva a convalidar el contrato.

A continuación explicaremos cada uno de estos vicios que pueden llegar a afectar el consentimiento y así poder identificarlos:

1) *El error*: es una creencia contraria a la verdad, una percepción falsa de la realidad, es un estado psicológico en el que no existe una concordancia entre el pensamiento y la realidad, no debe confundirse con la ignorancia, ya que esta es una falta de conocimiento.

El error se puede clasificar en:

a) *Obstáculo*: este tipo de error impide que el contrato nazca por falta de consentimiento y puede recaer sobre la identidad de la persona en los contratos *intuiti personae*, el objeto o la naturaleza del contrato.

b) *Error nulidad*: puede ser de hecho o de derecho, el error de hecho recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato y el error de derecho es la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de la ley o de su interpretación. En ambos casos para nulificar el contrato son necesarias dos características: que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad y que éste se haya expresado claramente en el contrato o se desprenda de su interpretación.

c) *Error indiferente* o llamado también *aritmético*: este recae sobre circunstancias accidentales o sobre los motivos personales que no trascienden en la celebración del contrato, por lo cual es indiferente para la vida de dicho acto, este tipo de error recae sobre las cualidades secundarias del objeto material del contrato.

2) *Dolo*: este tipo de conducta se configura cuando una persona emplea alguna sugestión o artificio para inducir a otra persona a realizar determinadas conductas,

es la intención dirigida a inducir o engañar a la otra persona. Puede existir dolo principal o secundario. El principal anula el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico y el secundario provoca la acción *quantum minoris* pues de haberse conocido se hubiera pagado un precio mas bajo.

También existe el dolo bueno que es exagerar las cualidades del bien objeto del contrato. Esto no provoca ni la nulidad del contrato ni el ajuste en el precio.

Si fuere el caso de que ambas partes procedieran con dolo, ninguna de ellas podrá alegar la nulidad del acto o reclamar el pago de indemnizaciones.

3) *Mala Fe*: este vicio consiste en la disimulación del error de uno de los contratantes, es decir que una de las partes tenga pleno conocimiento del error en el cual se encuentra la otra y aún así no le saca de éste permitiendo que continúe en él.

4) *Violencia*: el artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal establece que “hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

5) *La lesión*: Para que la lesión se configure es necesario que existan dos elementos que son el psicológico y el objetivo. El elemento psicológico evita contratar en igualdad de circunstancias, debido a que una de las partes esta en el supuesto de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria. El objetivo es la desproporción económica entre lo que se da y lo que se recibe.

La lesión no puede darse en los contratos aleatorios como son el de cosa futura o cosa esperada ya que la ganancia en este tipo de contratos esta sujeto a condición. Tampoco puede darse en los gratuitos en donde existe una liberalidad y todos los provechos son a favor de una de las partes y los gravámenes a cargo de la otra.

c. licitud en el objeto: este elemento de validez, se refiere a que el objeto sobre el que versa el contrato no sea contrario a las leyes de orden publico o a las buenas costumbres, por otro lado el artículo 8º del Código Civil dispone que “los

actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés publico serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

En este sentido podemos clasificar las leyes en permisivas, que son las que suplen la voluntad de las partes, las prohibitivas que limitan la actuación de los particulares por ir en contra del interés general, y perceptivas que son las que interesan mas a la sociedad que a los particulares como ejemplo las leyes constitucionales, administrativas, penales, procesales etc.

La licitud debe recaer sobre el objeto tanto jurídico como material del contrato, también debe recaer sobre el fin o motivo determinante de la voluntad que es lo que se conoce como la causa del contrato.

La licitud en el objeto, motivo o fin licito del contrato, siempre produce la nulidad absoluta y no es convalidable ni prescriptible.

d. Forma legal

El termino forma, según nos dice el maestro Pérez Fernández del Castillo la es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad de los agentes de un acto jurídico, debemos entender que la forma con la cual debe cumplir un contrato debe realizarse verbalmente, por escrito, de forma expresa, tácita, o por medio de signos inequívocos, de tal suerte que no puede existir un contrato que carezca de forma y aunque existen los llamados contratos consensuales, en los cuales solo se externa la voluntad de las partes para la celebración del contrato, la forma que se le da al contrato para su celebración nos da en un momento de controversia o litis el mas idóneo medio de prueba, sin embargo, la forma no debe confundirse con los llamados formalismos que consisten en el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico.⁶

De esta forma podemos decir que los elementos de validez de los contratos son:

- La capacidad
- La ausencia de vicios en el consentimiento,
- La licitud en el objeto y

⁶ PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo. Contratos Civiles. Op Cit. p.p. 36,37.

- La forma legal

D. Tipos de contratos

En cuanto a los formalismos

En cuanto a los formalismos los contratos se clasifican en: solemnes, reales, consensuales y formales.

En los actos jurídicos solemnes se consideran a los formalismos como uno de los elementos esenciales del contrato, de tal suerte que si no se satisfacen las formalidades requeridas por la ley el contrato es inexistente de acuerdo con el principio *forma dat esse rei*. Estos formalismos, no son otra cosa sino el cumplimiento de determinados actos impuestos por medio de los cuales se ha de exteriorizar el acto jurídico, para satisfacer una condición de su existencia.

En nuestro derecho positivo solo existen dos actos jurídicos solemnes que son el testamento y el matrimonio, sin embargo, en nuestra opinión, no podemos considerar a ninguno de los dos como contratos, ya que nuestro Código señala en el artículo 1295 que “El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte”, luego entonces no podemos decir que el testamento es un contrato sino una declaración unilateral de la voluntad, ya que el testador no se esta obligando en ninguna forma con alguien, sino que, como lo señala nuestro Código esta disponiendo de sus bienes y derechos y declarando o cumpliendo deberes para después de su muerte.

En el caso del matrimonio, podemos decir que al igual que el testamento no puede ser considerado como un contrato, ya que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal establece que “El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua” por lo que podemos deducir que ya que es una unión libre de un hombre y una mujer para la comunidad de vida, los fines de éste no

son esencialmente el crear o transferir derechos y obligaciones, sino realizar una comunidad de vida, además de que cumple con los requisitos de existencia y de validez del contrato que ya hemos estudiado.

Contratos reales: son aquellos contratos, que se perfeccionan con la entrega de la cosa. En Roma entre los contratos reales estaba la prenda, el depósito, el mutuo y el comodato.

Actualmente solo la prenda es un contrato real, sin embargo para su perfeccionamiento no se requiere la entrega física del bien, pues basta con la entrega jurídica por la cual el bien prendado queda en poder del deudor.

Contratos consensuales: estos contratos son validos con la simple exteriorización de la voluntad, ya sea por escrito, de manera verbal o de manera tácita, mismas que ya estudiamos. Anteriormente.

Contratos formales: Para la validez de estos contratos no es suficiente la manifestación de la voluntad en forma verbal, sino que además son necesarios determinados formalismos tales como la escritura publica o el escrito privado.

En sentido estricto todos los contratos son formales toda vez que la voluntad debe exteriorizarse por cualquier medio, sin embargo para la validez de algunos contratos la ley establece una o varias formalidades determinadas o especiales, como es el caso del contrato de compra venta, el cual se tiene que elevar a escritura pública.

Atendiendo a la materia de que se trate

En cuanto a la materia, los contratos pueden clasificarse en civiles, mercantiles, laborales y administrativos.

Contratos civiles: Estos se conciertan entre particulares, o aun entre el particular y el Estado cuando éste interviene en un plano de igualdad como si fuera un sujeto privado, por ejemplo cuando el Estado toma en arrendamiento la finca de un particular para instalar allí una escuela o una guardería, en este caso el contrato será regido por el Código Civil.

Contratos mercantiles: En los contratos mercantiles, el objeto del contrato debe versar sobre actos de comercio, citados en el Artículo 75 del Código de Comercio, o bien, que las partes realicen alguno de estos actos citados por dichos artículo, o sean comerciantes, así mismo la finalidad principal de los contratos mercantiles es la especulación, en cambio los contratos civiles tienen como finalidad el intercambio de bienes y servicios sin que estos constituyan una especulación comercial.

El objeto de los contratos mercantiles, entendido como alguno de los actos de comercio citados por el Código de Comercio, nos ayuda a diferenciar cuándo estamos contrato de carácter mercantil y cuándo es de carácter civil:

Para considerar que un contrato es de naturaleza mercantil debemos tener en cuenta lo siguiente:

- a) Los sujetos que intervienen , lo será efectuado por comerciantes o banqueros, a menos que se trate de un acto de naturaleza estrictamente civil.
- b) Por el objeto, si aquello a lo que se obliga el deudor es alguna “cosa” mercantil, como los buques o los títulos de crédito, o si la operación se documenta en esa clase de títulos.
- c) Por la finalidad del acto, si ésta conciente en una interposición en el cambio de mercancías o servicios. El sujeto cuya empresa es intermediaria (entre el que produce o crea satisfactores) y el que los consume en el típico comercio.

Laborales y administrativos: a diferencia de los civiles, los contratos laborales y administrativos corresponden al derecho público y por ende su esencial diferencia radica en la auto-regulación, de las relaciones privadas, que dentro del marco de la ley tienen autonomía y libertad para establecer las bases de sus obligaciones, y la hetero-regulación de las relaciones públicas las cuales se rigen por leyes imperativas de orden publico. Esto es, el poder, de regirse así mismo en el derecho Privado, con las limitaciones impuestas obviamente por el orden publico, las buenas costumbres o alguna legislación especial, y la necesidad de ser regulado por un tercero , que es el Estado, en los vínculos Derecho Público.

El contrato laboral: en el siglo pasado emergió el Derecho del Trabajo o Derecho Obrero como una rama independiente, desprendiéndose del Derecho Civil; mientras correspondió al derecho Privado las condiciones del trabajo fueron establecidas libremente por las partes, pero ello condujo a resultados injustos e inhumanos, fue entonces necesario instituir dichas relaciones heterónomamente, es decir, desde fuera, en normas de orden público, irrenunciables, impuestas forzosamente por el Estado , y pasaron a formar parte del Derecho Público.

La relación jurídica de trabajo dejó de ser regulada por el Código Civil y quedó sometida al nuevo ordenamiento, que conocemos como Ley Federal del Trabajo. El contrato de trabajo que era considerado hasta entonces como un arrendamiento de servicios, cuyas condiciones se establecían autónoma y libremente por las partes interesadas, se convirtió en una relación instituida por leyes de interés público de carácter irrenunciable.

El contrato laboral, será pues el que dirija una relación de trabajo, la cual se caracteriza por el servicio constante prestado bajo la dirección de otro a cambio de un salario.

El mismo criterio apoya la diferencia con el contrato administrativo; en éste, la decisión hegemónica del Estado instituye el contenido del acto y no la autonomía privada. Los contratos administrativos se diferencian de los civiles porque en ellos el Estado interviene en su función de persona de Derecho Público, soberana en situación de supra-subordinación respecto del particular, con el propósito de proveer la satisfacción de las necesidades sociales; su objeto y finalidad son la prestación de una oferta pública o un servicio público y su finalidad es la de satisfacer necesidades colectivas, proporcionar los beneficios sociales, etc. Tales como el caso de los contratos- concesión para la realización de obras públicas y la prestación de servicios públicos que se rigen por las normas del Derecho Administrativo que les son aplicables según la especie del acto de que se trate.⁷

Otras clasificaciones que se desprenden del Código Civil:

⁷ BEJARANO, Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. Op cit. p. P. 32- 35

Contratos Principales y Accesorios: Son contratos principales los que su validez y existencia no dependen de otro contrato, tienen eficacia y validez propia, tiene su razón de ser y su explicación en si mismos, surgen de forma independiente y no es el apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente su función jurídico económica.

Los contratos accesorios, en cambio, son aquellos cuya validez y existencia depende de otro contrato, este tipo de contratos no tienen existencia independiente y se explica refiriéndose a otro contrato o acto del cual es apéndice y solo se justifica como parte complementaria de otro acto.

La invalidez o nulidad del contrato principal trae consigo la del contrato accesorio, sin embargo no ocurre lo contrario pues la invalidez del accesorio no trae consigo la del principal.

Contratos típicos y atípicos: se denominan contratos típicos o nominados a los expresamente regulados en el Código Civil, los cuales se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Contratos preparatorios:
- Translativos de dominio
- Translativos de uso temporal
- Los que tienen como objeto una obligación de prestación de un servicio.
- Con un fin común
- Aleatorios
- Los de garantía
- Los que prevén o resuelven una controversia

Atípicos o innominados: Son aquellos contratos que no están regulados por la Ley, si no que nacen de la autonomía de la voluntad y su fuente de obligatoriedad es la teoría general del contrato como el arrendamiento financiero, el tiempo compartido etc., sin embargo aunque estos contratos nacen de la autonomía de la voluntad, ésta por si misma no puede ser fuente de las obligaciones sino que requiere estar dentro de un marco legislativo, para que el contrato pueda nacer y surtir todos sus efectos jurídicos.

Contratos de ejecución escalonada: En este tipo de contratos las prestaciones se repiten en intervalos periódicos por ejemplo en el suministro.

Contratos de ejecución diferida: Las obligaciones se cumplen en una sola exhibición posterior a la celebración. La distinción práctica es para conocer los efectos que se producen por la rescisión o nulidad del contrato.

Cuando se trate de contratos de ejecución instantánea los efectos se retrotraen al momento de su celebración, en cambio en los de ejecución escalonada o sucesiva los efectos se suspenden y las partes se compensan mutuamente.

La rescisión por incumplimiento en estos dos últimos tipos de contratos se denominan resciliación.

Contratos de adhesión: Los contratos de adhesión se encuentran definidos en la Ley de Protección al Consumidor en el artículo 85 que señala que "...se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista".

En el contrato de adhesión no hay una negociación de las partes en cuanto a las condiciones y contenido del contrato, ya que una de las partes como su nombre lo dice solo se adhiere o se suma a un contrato ya elaborado limitándose únicamente a la aceptación y en su caso la firma del mismo.

Contratos procesales: En la actualidad existen procedimientos administrativos judiciales y conciliatorios, los cuales pueden llegar a concluir con la firma de un contrato o convenio entre las partes y éste tendrá la fuerza ejecutoria de una sentencia.

Contratos Internacionales: se llaman Internacionales aquellos contratos que se otorgan en un país para surtir efectos en otro. Este tipo de contratación se debe regir tomando en cuenta dos aspectos que son el fondo y la forma, por lo que se

refiere a la forma rige el sistema *locus regit actum* señalando en el artículo 13 fracción IV del Código Civil, en cuanto al contenido, existen los criterios territorialistas en materia de derechos reales y arrendamiento sobre inmuebles y derechos de familia.⁸

E. Clasificación doctrinal de los contratos

- a) Preparatorios: el contrato preparatorio es aquel cuyo objeto es la celebración de otro contrato o un acto futuro, podríamos decir que es la base para celebrar un contrato principal, por darse el supuesto en que las partes no están en condiciones debido a que no quieren o no pueden celebrar el acto jurídico o contrato prometido, se le llama también promesa de contrato, contrato preliminar o pre-contrato o contrato preparatorio y solo da origen a obligaciones de hacer consistentes en la celebración del contrato futuro.
- b) Definitivos: por el contrario los contratos definitivos contienen la voluntad presente de las partes para decidir desde luego sus recíprocos intereses en el mismo acuerdo de voluntades y no así posponer la creación de una nueva celebración de un nuevo acuerdo.
- c) Unilaterales: es aquel en el cual una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta quede obligada, en este tipo de contratos puede obligarse una sola de las partes y la otra ser beneficiaria.
- d) Bilaterales: también son llamados sinalagmáticos, son aquellos en que las partes se obligan recíprocamente.
- e) Oneroso: es aquel en el cual se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, es decir cargas y beneficios para ambas partes.

Estos se sub dividen en :

- Conmutativo: es aquel en el que las prestaciones son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal manera que las partes pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.

⁸ PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. Novena Edición. México 2003 p.51

- Aleatorio: es aquel en el que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o perdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Esta clasificación se realiza con base en la certeza que tengan las partes en el momento de contratar en cuanto a los beneficios o perdidas.

- f) Gratuito: es aquel en el que el provecho es solamente de una de las partes, en este tipo de contratos existe una libertad de dar o hacer sin obtener una contraprestación.
- g) Instantáneo: es aquel en el que los efectos jurídicos se producen de inmediato.
- h) De tracto sucesivo es aquel en el que los efectos jurídicos se prolongan en el tiempo⁹

F. Efectos y alcance legal de los contratos entre presentes y no presentes

El acto jurídico que reúne los elementos esenciales o de existencia y cumple además los requisitos de validez, surte plenos efectos de Derecho. Los efectos fundamentales producidos por el acto jurídico consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, o bien, en la constitución de una situación jurídica general y permanente, un estado que implica el nacimiento de una serie de derechos y obligaciones.

Cada contrato produce un conjunto de derechos y obligaciones que varían según el tipo de acto y las estipulaciones introducidas por las partes en uso de su libertad contractual y de su voluntad autónoma.

Los actos jurídicos producen obligaciones únicamente para las partes que los celebran, no pueden comprometer a nadie mas ni pueden obligar a terceros, éste es el principio llamado *res Inter alios acta*, que significa que lo hecho entre unos no puede perjudicar ni producir efectos para otros.

Es importante precisar quién es actor o parte en un acto jurídico, esto, para determinar quien esta obligado, a lo que diremos que se llama autor a quien por si mismo, obrando en su propio interés o por medio de un representante legal,

⁹ C. MEJAN, Luis Manuel. Contratos civiles. Editorial Oxford University Press. México 2004

realiza un acto jurídico unilateral, son partes quienes celebran un acto jurídico plurilateral por su propio derecho, o resultan validamente representados.

Por extensión se considera también como autor o partes a quienes suceden a éstos en toda la universalidad de sus bienes o en una parte alícuota de los mismos; Por otro lado se consideran terceros por exclusión, a todos aquellos que no fueron autor ni parte del acto jurídico, toda persona que no celebró el acto por su propio derecho ni resultó validamente representado en él, sin embargo resulta perjudicado o beneficiado ya sea directamente por una de las partes o actor del contrato, o bien, por las consecuencias de éste.

El principio romano *res Inter alios acta* significa que los actos jurídicos solamente producen obligaciones para su autor o para las partes, no para los terceros.

Los contratos y los actos jurídicos, en general, solo comprometen la libertad de quienes los celebran, ya que como lo estudiamos anteriormente son éstos mismos quienes tienen que expresar su consentimiento como elemento esencial de existencia para el acto jurídico. Pero aunque el contrato no puede obligar a terceros, si produce respecto de ellos otros efectos que no son de obligatoriedad. Así en la estipulación a favor de tercero constatamos que el contrato puede favorecer precisamente a terceros, estableciendo derechos en su provecho. La estipulación a favor de tercero o estipulación por otro, es la cláusula en virtud de la cual las partes convienen en conceder un derecho a alguien que no ha intervenido en el contrato.

De tal suerte podemos deducir que serán parte:

- Quien celebró el acto por si mismo
- El que fue representado validamente
- Quien recibe todo el patrimonio o una fracción proporcional de los bienes de aquel que fue parte.

Serán terceros:

- Quienes no celebraron el contrato por si mismos ni resultaron validamente representados en el.
- El representante

- Quien solo recibe uno o varios bienes o derechos específicamente determinados del que fue parte o titular del derecho, éste únicamente lo sucede en esos derechos o bienes específicos.¹⁰

Los efectos del contrato para las partes las obliga al cumplimiento:

- De las cláusulas contractuales
- De las disposiciones legales
- De las consecuencias de uso
- De las cláusulas consensuales de la buena fe
- Lo estipulado a favor de terceros

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos, entre presentes, éstos se perfeccionan al instante, es decir al mismo momento en que las partes expresan su voluntad, sin embargo entre ausentes, como es el caso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación, se aplican las siguientes teorías:

1º La declaración: el que por carta ha recibido la policitud y expresa verbalmente o por escrito que esta de acuerdo en celebrar el contrato.

2º La expedición: cuando el que recibió la policitud esta de acuerdo, manifiesta su aceptación por escrito y envía la carta por correo.

3º La recepción: es cuando el oferente o peticionante recibe por carta la aceptación,

4º La información: se tiene por perfeccionado el consentimiento una vez que el oferente o peticionante hace saber al aceptante que recibió su aceptación.

El Código Civil para el Distrito Federal toma la teoría de la recepción como el perfeccionamiento del consentimiento entre ausentes, tal como lo establece el artículo 1807 del Código Civil para el Distrito Federal establece que “El contrato se forma en el momento en el que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta..”

Para precisar el alcance y los efectos del contrato es indispensable interpretar sistemáticamente tanto las estipulaciones particulares de las partes como las

¹⁰ BEJARANO, Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. Segunda Edición. México 1985 p.p154,155

disposiciones legales que contemplan a aquellas o que establecen limitaciones que los particulares no pueden traspasar.

Deben de relacionarse las cláusulas del contrato con las normas legales que reglamentan los contratos en general, dependiendo del tipo de contrato que se pretenda celebrar y obtener de la interpretación conjunta de todas esas disposiciones al alcance jurídico del mismo.

1. Obligatoriedad y ejecución de los contratos

Como lo estudiamos anteriormente los actos jurídicos solamente surten efectos de obligatoriedad para las partes que los celebran y no pueden comprometerse a las personas que fueron terceros en los mismos. Tal principio fue elaborado desde el Derecho Romano y se le conoce como *res Inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* que significa que lo hecho entre unos, no puede perjudicar ni producir efectos para otros.

Los contratos solo pueden obligar a las partes, no pueden establecer compromisos a cargo de terceros. Nadie puede limitar la libertad de otro, ni inferir en la esfera jurídica ajena imponiéndole obligaciones, tal como lo establece el Artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice que los contratos “...Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, el uso o la Ley”.

Los contratos se rigen por diferentes cláusulas y normas que determinan la obligatoriedad e interpretación de los mismos siendo éstas las siguientes:

Cláusulas esenciales: Para estudiar éstas debemos tener presente que hay cláusulas fundamentales aplicables al contrato celebrado, fijadas por la ley, las cuales no pueden ser eliminadas por las partes aunque convinieran en hacerlo, salvo que quisieran desnaturalizar el acto, se dan por sobreentendidas y no se pueden suprimir, por ningún mecanismo.

Con lo que respecta a nuestro Código, éste establece en el artículo 1839 que “Los contratantes pueden plasmar en el contrato las cláusulas que crean convenientes, sin embargo, aquellas cláusulas que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas

aunque no se expresen, a menos que las partes renuncien a aquellas que se refieren a la naturaleza ordinaria del contrato, en los términos establecidos por la ley”.

Cláusulas naturales: éstas son establecidas por la ley, según la naturaleza o tipo de contrato de que se trate. Si las partes omitieran plasmarlas en el contrato, estas se dan por entendidas y pueden llegar a ser suprimidas por así convenirlo los contratantes siempre y cuando sea permitido por la ley.

Cláusulas accidentales: son aquellas que solo existen si las partes las crean por disposición contractual específica.

Las normas que rigen al contrato son:

Normas taxativas: son conocidas también como leyes preceptivas, imperativas o prohibitivas; determinan obligatoriamente el contenido y alcance del contrato, sea por leyes ordinarias, reglamentarias o por reglamentos administrativos.

Normas individuales o *lex contractus*: son creadas por los particulares en los contratos; tienen plena validez siempre que no vayan en contra de las disposiciones de orden público o de las buenas costumbres.

Normas supletorias o permisivas: son aquellas que complementan la voluntad de las partes.

Aparte de las diferentes cláusulas y normas que hemos estudiado, los contratantes están obligados también a respetar las reglas del uso, el cual se refiere a la práctica particular que los contratantes han observado en sus precedentes relaciones jurídicas, es la forma como se han conducido al cumplir los contratos celebrados anteriormente entre sí, los contratantes tienen derecho a exigir que se respete el uso seguido.

El uso y la costumbre como fuente del derecho, son una práctica reiterada, sin embargo, se distinguen uno de otro en que mientras la costumbre es una práctica general que se considera obligatoria por los miembros de una comunidad, el uso es una práctica particular no necesaria para la colectividad.

Asimismo los contratantes están obligados a observar la buena fe en el cumplimiento del contrato. En la relación contractual debe buscarse el equilibrio y la equidad, para que de esta forma los derechos y obligaciones no sean mas

gravosos de lo admitido por el Derecho para una de las partes y evitar así una conducta que no haya sido concedida por la ley, el abuso o la común en la intención vertida en una cláusula contractual, debe ser descartada para obrar de buena fe. La buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formales o aparentemente fundadas. La buena fe tiene como objeto proteger a las partes contra las exigencias impertinentes que choquen contra el derecho y la equidad.

Los contratantes deben conducirse como hombres honrados en la ejecución del contrato y no atenerse a la letra de éste. Por otra parte debe tenerse presente que la obra de mala fe es quien pretende obtener un provecho injusto en detrimento de otro. En ocasiones la buena fe impondrá la reducción de la prestación, en otras, la ampliación de ese deber, ajustando el contenido del contrato.

Con lo que respecta a la fuerza obligatoria del contrato, nuestro código señala en el numeral 1797 que “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, de tal manera que ninguna de las partes puede eludir el cumplimiento del contrato ni de romper el acto unilateralmente, sino que por el contrario, ambas partes deben respetarlo y acatarse a las cláusulas a las cuales se obligaron, sin embargo, hay casos excepcionales en los cuales el contrato puede terminar por la voluntad de una de las partes como es el caso del arrendamiento de duración indeterminada, una sociedad de vigencia ilimitada, el mandato y el comodato, pero hay que destacar, que en los casos antes citados, las partes así lo pactaron, o bien está establecido de esta forma en el contrato o por la naturaleza del mismo, y no así, por la discrecionalidad de alguno de ellos.

Ahora bien, si el contrato no puede ser revocado por uno de los contratantes, si puede serlo por la voluntad de ambos. Esto debe entenderse sin perjuicio de los derechos de tercero, legítimamente constituidos con base al contrato que se pretendiere revocar. Así, las partes pueden convenir en privar de efectos un contrato válido y eficaz, pero ello causara perjuicio a cualquier tercero que hubiese adquirido derechos creados por el acto que se pretende extinguir.

De lo expuesto anteriormente surge el principio de que el contrato obliga a los contratantes y debe ser cumplido sin excusa ni pretexto, lo que se resume en el principio latino “*pacta sunt servanda*”.

Sin embargo, en ocasiones, las circunstancias en las que se celebró el contrato y el momento del cumplimiento del mismo, cambian radicalmente, siendo el supuesto que una de las partes queda en notoria inequidad frente al otro, a lo que es aplicable la teoría de la imprevisión, la cual señala que la fuerza obligatoria del contrato debe modificarse y hacerse un ajuste con respecto a lo establecido en las cláusulas del mismo, esto, cuando el acto se torna in equitativo por el cambio imprevisto de las circunstancias.

Este ajuste o revisión del contrato debe ser efectuado por los jueces, quienes tendrán así el poder de pasar sobre los términos del contrato, para adaptarlo a las nuevas condiciones y equilibrar las prestaciones impidiendo que sea sumamente oneroso para una de las partes y notoriamente favorable para la otra.

G. La evolución de los contratos

Los contratos en Roma:

En Roma el contrato era considerado como el acuerdo de voluntades destinado a crear una o varias obligaciones sancionadas por una acción judicial, así pues en el fondo de todo contrato existía siempre un pacto, esto es, el hecho de que dos o mas personas se pusieran de acuerdo respecto de un objeto determinado, sin embargo, no todo pacto se convertía en contrato, ya que para que este simple acuerdo de voluntades tuviera validez jurídica era necesario que estuviera sancionado por el legislador mediante una acción determinada.¹¹

En el Derecho Justiniano, el contrato es definido como el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo toda clase de

¹¹ MORINEAU, Iduarte Martha y Román Iglesias Gonzalez. Derecho Romano. Editorial Oxford University Press. Cuarta Edición. México 2003.

negocios que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica.

El *nexum* fue el primer contrato romano que se caracterizaba por las rígidas solemnidades que debían seguirse para su perfeccionamiento, mismas que consistían en el pronunciamiento de determinadas palabras solemnes, la utilizaron de una balanza (libra) y de un pedazo de bronce (aes), se efectuaba el negocio deseado por las partes, dicho formalismo se realizaba en presencia de cinco testigos y del *libripiens* que sostenía la balanza.

Una derivación del *nexum* es la *sponsio* que era el contrato que consistía en el empleo de palabras sacramentales, como ¿spondes?, a lo que el obligado contestaba “*spondeo*”, sin embargo, ya que este contrato podía llevarse a cabo entre ciudadanos, aparece la *stipulatio* para que también pudieran contratar los no ciudadanos, donde las partes podían interrogarse usando cualquier expresión, a lo que el obligado contestaba siempre: *promitto*. De esta manera nacieron los contratos verbales.

De la práctica de que un ciudadano romano llevara un libro de registro doméstico, el *codex accepti et expensi*, donde anotaba los crédito contra el deudor, así nos encontramos con la *nomina transcriptitia* que era usada cuando el obligado era otro ciudadano, y con la *chirographa* o *syngrapha* para el deudor extranjero. De estas formas de celebrar una convención cuyo perfeccionamiento radicaba en las anotaciones, derivan los contratos literales.

Posteriormente, se agregaron el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, estos surgen cuando deja de ser el *nexum* el medio mas idóneo para celebrarlos, bastando la simple tradición de una cosa. Estos constituyen los contratos reales.

Finalmente, cuando la evolución del Derecho Romano hizo del acuerdo de voluntades el elemento característico del contrato, se acepta que puedan ser perfeccionados por el mero consentimiento de las partes, apareciendo así, los contratos consensuales.

Los contratos llegaron a constituir una de las fuentes mas importantes de los derechos de crédito, estaban siempre protegidos por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica, cosa que también ocurría con algunos pactos que no entraban en la categoría de contratos, pero existía también un gran número de convenciones o pactos que, a diferencia de los contratos, no estaban provistos de acción para exigir su cumplimiento y carecían de nombre.

Para su desarrollo en la sociedad el hombre requiere del intercambio de bienes y servicios, sin los cuales económica y socialmente quedaría aislado; Tal intercambio, se realiza, a través de los contratos.

Las relaciones económicas ocasionaron que en un principio la regulación jurídica fuera espontánea; sin embargo con el desarrollo cultural esta última se ha ido perfeccionando poco a poco, y de leyes rudimentarias ahora existen modernas codificaciones, mismas que han servido para establecer frenos que evitan abusos e irresponsabilidad.

La reglamentación jurídica de los contratos nace de la necesidad de buscar, por un lado la autonomía de la voluntad, en la que como ya lo estudiamos anteriormente las partes se obliguen conforme a sus propias condiciones y por el otro, la equidad entre las partes, para evitar abusos que dejen en notoria desventaja a una de las partes favoreciendo solamente a la otra, y de esta forma se constituya un equilibrio en la contratación que le otorgue a las partes seguridad y certeza jurídica.

Bajo esta concepción quienes intervienen en un contrato han gozado siempre de la facultad de autorregularse y estipular en diversas modalidades o cláusulas penales, o simplemente se adaptan a los contratos “tipo” reglamentados por la ley, los que contemplan un ideal dentro de la contratación.¹²

¹² PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos civiles. Novena Edición. Editorial Porrúa. México 2003. Pág. 3

H. El Internet y los medios electrónicos como una nueva forma de contratar

La historia de la red de Internet se remonta al temprano desarrollo de las redes de comunicación; la idea de una red de computadoras diseñada para permitir la comunicación general entre usuarios de varias computadoras con nuevos desarrollos tecnológicos y la fusión de la infraestructura de la red ya existente con los sistemas de telecomunicaciones.

Los orígenes del Internet se remontan a mas de 25 años atrás, como un proyecto de investigaciones en redes de conmutación de paquetes, dentro de un ámbito militar, a finales de los años sesenta, en plena guerra fría, el Departamento de Defensa Americano llegó a la conclusión de que su sistema de comunicaciones era demasiado vulnerable, ya que estaba basado en la comunicación telefónica, en una tecnología denominada de conmutación de circuitos, que establece enlaces únicos y en numero limitado entre importantes nodos o centrales, con el consiguiente riesgo de quedar aislado parte del país en caso de un ataque militar sobre esas arterias de comunicación.

Posteriormente se realizo una red experimental que se denomino “Arpanet” que tenía como idea central que la información llegara a su destino aunque parte de la red estuviera destruida, y se desarrollo una nueva tecnología denominada conmutación de paquetes, con esta nueva red se introdujo un sistema de correo electrónico.

Durante los años ochenta, Internet creció hasta incluir el potencial informático de las universidades y centros de investigación, lo que unido a la posterior incorporación de empresas privadas, organismos públicos y asociaciones de todo el mundo supuso un fuerte impulso para Internet que dejo de ser un proyecto con potencial estatal para convertirse en la mayor red de ordenadores del mundo.¹³

La implementación practica de estos conceptos empezaron a finales de los 80’s y a lo largo de los 90’s. En la década de 1980 tecnologías que reconocerían como las bases de la moderna red de Internet, empezaron a expandirse por todo el mundo, y en los 90’s se introdujo la world wide web. La infraestructura de Internet se esparció por todo el mundo para crear la moderna red mundial de

¹³ www.comercio electronico.com.mx

computadoras que hoy conocemos, atravesó los países occidentales e intento una penetración en los países en desarrollo, creando un acceso mundial a información y comunicación sin precedentes pero también una brecha digital en el acceso a esta nueva infraestructura, Internet también altero la economía del mundo entero, incluyendo las implicaciones económicas.

La contratación a través de la red de Internet revoluciona la forma tradicional que conocíamos, ya que a través de ésta los contratantes se comunican por medio de una red interconectada mundialmente, lo que trae como beneficio bajos costos y proporcionando una inmensa amplitud del mercado disponible para ambas partes, ya que se puede comerciar y contratar con todo el mundo, permitiendo comunicarse entre si a millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información de todo el mundo, lo que impacta, desde luego en las relaciones jurídicas contractuales, ya que los contratantes pueden ser de distinta nacionalidad, encontrarse en países diferentes, y teniendo conceptos distintos de los elementos de contratación, desapareciendo de esta manera los factores de tiempo, modo, lugar y espacio.

Ahora bien, como ya lo precisamos anteriormente, siendo la red de Internet el medio mas utilizado que revoluciona la forma de contratar y comerciar, es menester precisar en que consiste la misma, a lo que diremos que la red de Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación Interconectadas, de ámbito global y públicamente accesible que proporciona una innumerable cantidad de servicios, es un espacio virtual creado por dispositivos electrónicos de computación, redes de comunicación y redes de ordenadores.¹⁴

Como hemos visto en los últimos años hemos experimentado una rápida y constante aparición de nuevas tecnologías en el campo de la información las cuales tienen su sustento en las tecnologías telemáticas aplicables a productos y servicios, mismas que se convierten en asistentes ineludibles de los actos de la vida del hombre, ya sea para relacionarse socialmente o concretamente para coadyuvar a la realización de los diversos actos cotidianos, otorgándonos formas novedosas de estudiar, trabajar, jugar, pagar, contratar, negociar etc, y de esta

¹⁴ www.wiktionary.org/wiki/Internet

forma, los conceptos tradicionales del derecho como “documento” y “firma autógrafa”, por enunciar algunos ejemplos, pierden su significado y relevancia, ya que en la actualidad con estas nuevas tecnologías ya no es necesario que los contratos consten impresos en papel, lo que antes constituía un soporte físico del contrato, ni tampoco existe la necesidad de firmar físicamente el mismo o asentar la firma ológrafa o manuscrita, estos conceptos o formalidades son sustituidos por soportes de tipo magnético digital u óptico y las correlativas firmas electrónicas digitales, basados en una serie de señales digitales rutinas o programas numéricos que aspiran a dar mayor seguridad y confianza a los usuarios, lo que significa el rompimiento con la tradición o reinado del papel y firma ológrafa y/o manuscrita, luego entonces la contratación entre ausentes a través del uso de sistemas electrónicos adquiere una nueva relevancia, rompiendo todo tipo de barreras, brindando la posibilidad de celebrar contratos a larga distancia.

Los medios electrónicos que auxilian en la contratación electrónica van desde los sistemas de información que son terminales con escasa ayuda artificial usado por el agente capaz, hasta los mas sofisticados como las maquinas que tienen software, un sistema experto que permite contratar sin la presencia humana inmediata, fundamentados por la alta técnica de automatización lograda por el hombre.

Por otro lado ya que los servicios telemáticos y electrónicos evolucionan de prisa transforman el comercio y las actividades tradicionales, y desde luego las operaciones, transacciones o negocios ofreciendo medios cada vez mas sofisticados en la gestión de éstos, los cuales involucran la renovación de la forma de contratar, teniendo en cuenta que estamos inmersos en una economía mundializada gravitante por la internacionalización de los mercados y la tecnologización de las telecomunicaciones.

Los medios electrónicos utilizados con mas frecuencia hoy en día en la contratación son el fax, el telex, el teléfono, el intercambio electrónico de datos (*electronic data interchange* EDI) y la red de Internet, siendo ésta última la mas utilizada en nuestros días.

En esa tesitura debemos observar algunas características jurídicamente relevante con respecto a la red de Internet:

- Es un red abierta, puesto que cualquiera puede acceder a ella.
- Es interactiva ya que el usuario genera datos, navega y establece relaciones.
- Es internacional en el sentido de que permite trascender las barreras nacionales.
- Hay una multiplicidad de operadores
- Tiene una configuración de sistema auto referente y por ello carece de un centro que puede ser denominado “autoridad”.
- Tiene aptitud para generar sus propias reglas sobre la base de la costumbre.
- Muestra una aceleración del tiempo histórico.
- Permite una comunicación en tiempo real y una des territorialización en las relaciones jurídicas
- Disminuye drásticamente los costos de transacción.

El uso de Internet presenta ventajas de tiempo y costos y permite que las empresas y los particulares satisfagan sus necesidades de consumo, comunicación y contratación. Este fenómeno rompió todas las barreras existentes en el comercio internacional y los modos tradicionales de instrumentar los negocios jurídicos, lo que trajo consigo el comienzo de la era del acto jurídico digital, de esta manera la manifestación de la voluntad no cuenta con un soporte material, sino que depende exclusivamente de la confianza que tengan los participantes de la transacción en el método de autenticidad utilizado. Los distintos ordenamientos jurídicos han coadyuvado a su expansión mediante el reconocimiento de la validez de ciertos métodos informáticos confiables.

La red de Internet es indiscutiblemente la herramienta de mayor comunicación mundial, de nuestros días, que propició en gran manera el surgimiento del comercio electrónico, el comercio electrónico incluye entre otras cuestiones, toda transacción por medios electrónicos así como todos los actos realizados a través

de fax, teléfono, EDI (*electronic data interchange*) o lo que es lo mismo intercambio electrónico de datos, e Internet, de esta manera podemos definir al comercio electrónico como “aquel que se utiliza para comunicación y acuerdo entre las partes, el intercambio de datos a través de medios electrónicos, electromagnéticos ópticos u otros de naturaleza análoga”.¹⁵

Mediante la utilización de esta red abierta es posible la realización de las mas variadas transacciones, estas transacciones pueden instrumentarse mediante diversos contratos atípicos y bajo las mas variadas formas, generando nuevas modalidades negociales y contractuales.

Entre las principales actividades comerciales que pueden desarrollarse por Internet, se encuentran las siguientes:

- a) Compra o locación de bienes: es posible comprar y vender bienes tangibles e intangibles, así como alquilarlos incluyendo la compra venta digital de acciones.
- b) Locación de servicios: mediante la red se puede prestar todo tipo de servicios destacándose los servicios bancarios, los vinculados a las tarjetas de crédito y el asesoramiento profesionales.
- c) Suministro de información en línea: se puede acceder a bases de datos de distintas empresas o instituciones tales como bibliotecas, tiendas, bancos, escuelas etc., y obtener información las veinticuatro horas del día.
- d) Publicidad: Internet es la manera mas barata para realizar publicidad, reduciéndose notablemente los costos, esta publicidad puede presentarse en la forma de avisos en paginas web, así como también de mensajes no deseados o *spam*.
- e) Juego: es posible realiza apuestas y participar de otros juegos en línea.
- f) Negocios globales: las empresas pueden realizar negocios sin solución de continuidad.¹⁶

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo. Comercio electrónico. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001

¹⁶ MONCAYO, Rodríguez Socorro. Et al. Contratos: tradición y globalización. Colección transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización. Volumen II. Editorial Arana Editores. Xalapa Veracruz México 2007.

Esta enumeración se amplía y modifica constantemente con nuevos negocios, como las subastas electrónicas, las tiendas electrónicas, el aprovisionamiento electrónico, los servicios de posventa y la innumerable cantidad de nuevas transacciones realizables por la red que surgen cada día.

podemos decir que el Internet es la manera actual de comerciar acortando tiempo y distancias con relación al comercio tradicional, y trayendo consigo implicaciones jurídicas en su estructura, lo que requiere establecer reglas y conceptos claros, así como la necesidad de establecer nuevos ordenamientos o hacer los ajustes necesarios a los ya existentes para dar certeza y seguridad jurídica a los contratantes y/o usuarios de los medios electrónicos.

Los avances tecnológicos mencionados deben ser útiles al hombre, deben servir para mejorar su vida en todos los ámbitos, como el incremento de la comodidad y la rapidez o en su caso para mejorar la producción, la eficacia y la salud y por ende, desde el momento en que dichos avances inciden en la vida del hombre y la modifican entran en el ámbito del derecho, surgiendo así la necesidad de adecuar las formas tradicionales de realizar estos actos contra los cambios producidos por los impactos de las tecnologías como medios de auxilio de la realización contractual.

1. La contratación electrónica

Debemos diferenciar la contratación informática de la contratación electrónica. La primera es aquella que tiene como objeto un bien o servicio informático, categoría que incluye todo tipo de contratos vinculados con el hardware y el software, por otro lado, la contratación electrónica es aquella que con independencia de cual sea su objeto, aclarando que ésta pueda ser informática, aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores, y la producción, publicidad, venta y distribución de productos se hace a través de las redes de comunicación.¹⁷

¹⁷ HOCSMAN, Simón Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005. p. 81

Este tipo de contratación incluye las transacciones comerciales a través de todo tipo de medios electrónicos tales como fax, , teléfono, intercambio electrónico de datos (*electronic data interchange* EDI) e Internet.

Por un lado se encuentra la contratación interactiva entre máquinas sin presencia humana inmediata y la contratación no interactiva o inmediata entre los agentes capaces y por otro lado se encuentran los contratos celebrados en forma libre y con otros formatos normalizando o prefijados como los realizados por el intercambio electrónico de datos (*electronic data interchange o EDI*), lo cual es definido como un sistema para intercambiar información normalizada.

La contratación electrónica abarca todas las fases del contrato, desde la oferta, la aceptación y la formación del consentimiento hasta la etapa de ejecución y cumplimiento de las contraprestaciones convenidas.

La contratación electrónica esta conformada por los siguientes elementos:

1.- Equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos : la equivalencia funcional implica que los actos electrónicos poseen el mismo valor que los actos consignados en papel, debiendo reconocérseles los mismos efectos jurídicos, validez y fuerza probatorias a ambos. Tal como queda consignado en los artículos 5, 6.1 y 9.2 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y el artículo 23 de la LSSI

2.- Neutralidad tecnológica: tal y como lo establece la guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, dicha ley no excluye ninguna técnica de comunicación de su ámbito, debiendo acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo y creando los estados de un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial. De eso se trata la neutralidad tecnológica de que la ley regule el sector de la contratación electrónica, independientemente de tecnologías específicas.

3.- Inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados: como señala el artículo 23 de la LSSI los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez y “..se registrarán por lo dispuesto en este título, por los Códigos Civil y de Comercio y

por los restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”. No se trata de la creación de un nuevo derecho, aunque presentan sus particularidades, la característica distintiva de los contratos electrónicos es que se realizan a través de medios electrónicos, pero producen tantos efectos jurídicos como los contratos tradicionales y les son aplicables las mismas normas jurídicas de derecho común que a estos últimos.

4.-Principio de la Buena Fe .- es la interpretación de las leyes de contratación electrónica y de los contratos electrónicos habrá de tenerse en cuenta entre otras cosas la observancia de la buena fe.

Tiene dos sentidos :

- Buena fe Subjetiva: es la contención con que obran las personas o la ciencia con que lo hacen.
- Buena fe Objetiva: juzga la conducta del individuo con base en aquello que se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto.

La diferencia radica que la primera es una conducta que se impone al sujeto y la segunda es fruto de una creencia, la subjetiva traduce la atribución de derechos y la objetiva por la imposición de deberes.

Este principio da lugar a los siguientes deberes de los contratantes:

Deber de información: deberán mantenerse recíprocamente informados de todas las circunstancias del negocio, es decir con los mayores elementos de juicio que les permite tomar una decisión acertada del momento de optar la celebración del contrato tales como las condiciones, peligrosidad de la prestación, causas de incumplimiento, etc.,

Deber de claridad: se refiere a que las informaciones que se intercambian sean perfectamente inteligibles y no se presten a una mala interpretación.

Deber de Secreto: es la obligación de no divulgar los hechos que han sido conocidos y cuya difusión puede ser perjudicial, por ejemplo la confidencialidad respecto de la situación patrimonial, hablamos entonces de la seguridad de los datos personales.

Deber de exactitud: que las declaraciones de las partes correspondan a sus respectivos voluntades.

Deber de investigación: las partes deben cerciorarse respecto a la identidad de la contraparte, así mismo en el caso que alguno de los contratantes actúe por representación debe el otro verificar si el poder del que goza o por el cual se ostenta lo autoriza para celebrar el contrato.

5.-Libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico.- en los contratos electrónicos mantiene su vigencia la teoría de la autonomía de la voluntad, de la cual se desprenden los corolarios del consensualismo y de la libertad contractual en la formación de los contratos. Las partes que contratan electrónicamente pueden, en principio adoptar los contratos que libremente acuerden con el solo hecho de dar su consentimiento.¹⁸

En el ámbito de la Teoría General del Contrato, el acuerdo contractual atraviesa tres etapas:

1. Generación: está referida a los llamados tratos o negociaciones preliminares y al proceso interno de la formación del contrato
2. Perfección: responde al nacimiento mismo del acuerdo al quedar perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación
3. Consumación: se refiere a la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del contrato, siempre sobre la base de las expectativas de cumplimiento que tienen las partes al momento de celebrar el contrato.¹⁹

Ahora bien, si se parte del hecho frecuente de que la contratación electrónica es una contratación sometida a formatos previos, en los que las condiciones de la contratación se incluyen en la oferta de forma unilateral por una de las partes sin que la otra tenga opción de negociación sino únicamente de adhesión, en caso de querer contratar el bien o servicio, la fase de la “generación” pierde relevancia.

Esta práctica es habitual en Internet, donde la oferta aparece en la página web, del oferente, ya sea persona física o moral, la cual hace una mera mención de la existencia de tales condiciones generales, remitiendo al potencial cliente a otra

¹⁸ BARRIUSO, Ruiz Carlos. La contratación electrónica. Editorial Dykinson. Madrid España. P.p 359.

¹⁹ GALINDO, Gárfias Ignacio. Teoría General de lo Contratos. Editorial Porrúa. México 1996

página (normalmente mediante un enlace) donde aquéllas se encuentran para que éste pueda conocerlas.

a. Concepto y contenido del contrato electrónico

Los contratos electrónicos son aquellos para cuya celebración el hombre se vale de la tecnología informática y de los medios electrónicos, mediante redes de comunicación, pudiendo consistir su objeto en obligaciones de cualquier naturaleza, son todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones como es la red mundial Internet.

El contrato electrónico es definido como “Aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene , o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo” .²⁰

De acuerdo con la definición anterior, podemos decir que estamos frente a un contrato electrónico cuando se ponen de acuerdo dos o mas personas con el animo de producir derechos y obligaciones jurídicas respecto de un interés común, esto, a través de un medio computarizado, es decir, que la oferta y el consentimiento para contratar se manifiesta a través de una computadora.

El contrato electrónico posee determinadas características o particularidades; En la mayoría de los casos, es un contrato de adhesión pues el poder de negociación de las partes no se encuentra en pie de igualdad y la parte económicamente mas fuerte impone sus condiciones a la mas débil, quien debe aceptarlas, sin embargo puede también darse el caso que las partes puedan llegar a una negociación de la contratación.

La diferencia del contrato tradicional y el contrato electrónico, consiste en el medio por el cual las partes se comunican, porque los medios electrónicos actuales permiten la comunicación simultanea entre dos personas ubicadas territorialmente en lugares distintos, y éstas expresan su consentimiento de forma expresa ya sea por chat, correo electrónico, o algún otro medio propio de una red interconectada.

²⁰ HOCSMAN, Simón Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005.p 90

Dada la forma en la que el contrato electrónico nace, podemos decir que se trata de un contrato atípico a pesar de poder presentar cierta tipicidad social, puesto que no hay una reglamentación del mismo establecida en nuestro Código Civil, sino que nacen de la autonomía de la voluntad.

Los contratos electrónicos están sujetos a las leyes de carácter civil y mercantil y demás ordenamientos jurídicos aplicables sobre contratos, como son las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

Naturaleza del contrato electrónico

De acuerdo a las características que hemos visto y estudiado, podemos decir que el contrato electrónico en si mismo es un Contrato Atípico, puesto que como ya lo expresamos antes nace de la autonomía de la voluntad y no se encuentra regulado expresamente por el Código Civil, por regla general es un contrato de adhesión, ya que en él, quien recibe la oferta, solo se limita a aceptarla o a rechazarla, sin la posibilidad de sugerir siquiera alguna modificación a los términos del mismo, y también es un contrato entre ausentes puesto que las partes solo tienen comunicación y expresan su consentimiento a través de una red interconectada, encontrándose en un sitio diferente.

Elementos del contrato electrónico:

Los elementos del contrato electrónico, son los mismos que de los contratos tradicionales que estudiamos con anterioridad, por lo que de la igual forma, el contrato electrónico deberá satisfacer los elementos de existencia y validez.

Elementos de existencia del contrato electrónico

Consentimiento: Es el concurso de la oferta y la aceptación, la propuesta del contrato ha de emitirse con la intención de obligarse, la aceptación debe ser pura y debe corresponder exactamente a la propuesta.

En los contratos celebrados a través de medios electrónicos, la utilización de las nuevas técnicas agilizan los trámites contractuales, pero es a partir de la suma de voluntades de las partes, en que nace el contrato electrónico y despliega sus efectos, tratándose de un contrato consensual, ya que en este caso, la

manifestación de la voluntad suele expresarse por medios digitales entre personas comunicadas por sistemas informáticos interconectados.

La problemática a tratar sobre cuando se perfecciona el consentimiento en el contrato electrónico, así como las formalidades a que este tendrá que someterse para surtir plenos efectos que en derecho procedan lo estudiaremos en el próximo capítulo.

Objeto: es la realidad social sobre el que recae el contrato, éste, al igual que en los contratos tradicionales debe ser física y jurídicamente posible, ya que de lo contrario estaríamos frente a un contrato de cumplimiento imposible, debe ser lícito, determinado o determinable, y susceptible de valoración económica así como estar dentro del comercio.

Elementos de validez del contrato electrónico

Ausencia de vicios en el consentimiento: al igual que en los contratos tradicionales, en el contrato electrónico es indispensable que el acto jurídico no este afectado por alguno de los vicios del consentimiento que estudiamos anteriormente y que son el dolo, el error, la mala fe, la violencia y la lesión, ya que esto traerá como consecuencia una nulidad relativa en el contrato, aunque si bien es cierto se puede subsanar para que surta plenos efectos jurídicos.

Licitud en el objeto: un contrato es nulo si su objeto es ilegal o contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Forma: el principio general establecido es el de la libertad de las formas, puesto que el contrato electrónico es meramente consensual a pesar de que éste rompe con las formas tradicionales de contratar, rompiendo barreras de tiempo, lugar, espacio y hasta legislación aplicable, sin embargo, es menester que se le atribuyan determinadas formalidades para dar certeza y seguridad jurídica a los contratantes.

Capacidad: el contrato electrónico, al igual que en los contratos tradicionales, debe ser realizado por dos partes que posean la capacidad de ejercicio necesaria para obligarse y cumplir con el mismo.

En la contratación a través de medios electrónicos, existen ciertos mecanismos de seguridad, como son los certificados de firma digital o la utilización de tarjetas de crédito en la red, para llegar a individualizar al usuario y cerciorarse de su capacidad, aunque no con una precisión absoluta, pues siempre existe la posibilidad de que otra persona utilice sus claves.

El uso de medios electrónicos hace necesario determinar la identidad y la capacidad de las partes por instrumentos electrónicos.

Dentro de los sistemas de identificación existentes se destacan

- a)La tarjeta magnética
- b)La clave magnética
- c)El numero de código
- d)La palabra de orden
- e)El reconocimiento del timbre de voz
- f)La impresión digital
- g)El reconocimiento y memorización de la firma del usuario
- h)La firma digital.

CAPÍTULO SEGUNDO.- El contrato electrónico y sus formalidades en la legislación mexicana

Aspectos del ámbito electrónico y la importancia de su regulación legal

1. Jurídico

Los usos y costumbres sociales se vieron afectados por el impacto que produjo la revolución informática en todos los campos de la actividad humana, originándose a su vez situaciones nuevas que las leyes no habían previsto; Dentro del ámbito del derecho, el ser humano ha creado una nueva posibilidad para realizar, negocios jurídicos, a través de la utilización de medios electrónicos y digitales para la conformación de actos con carácter de contratos, lo cual produce un cambio radical en las percepciones y doctrinas que han regido siempre para los contratos tradicionales, un nuevo paradigma basado en la revolución digital que permite la desaparición del espacio y el tiempo, pero crea una incertidumbre legislativa.

Estos fenómenos alteran sustancialmente el presupuesto de hecho al que se refiere la norma jurídica y puede llegar a pensarse que estamos ante un mundo nuevo que se halla fuera del alcance regulatorio del derecho que conocemos, por lo que es menester adecuar la norma jurídica a la realidad social, puesto que el derecho no puede permanecer ajeno al cambio tecnológico, ya que es una disciplina dinamica, que debe adaptarse a la realidad social, por lo que debe ser capaz de crear mecanismos necesarios para regular adecuadamente las relaciones actuales surgidas del uso de las nuevas tecnologías.

2. Económico

Los mercados electrónicos propiciaron nuevos modelos de negocios, nuevas ideas y compañías creadas por el impulso de la “nueva economía”. Estas estructuras de negocios están basadas en contratos, ya sea por la realización efectiva de transacciones comerciales o por la inclusión por parte de los propietarios de los sitios, de términos y condiciones o condiciones generales de contratación.

La red no es un producto aislado, sino enlazado a la economía digital que presenta reglas que influyen en los conceptos y normas de derecho, principalmente en el campo de la propiedad y la defensa del consumidor.

El volumen de operaciones comerciales realizadas mediante el ciberespacio y la modalidad de efectuarlas sin intermediarios permiten que éste sea un sitio de interés para todos aquellos que quieren ofrecer y adquirir productos, así como también encargarse de recaudar y administrar los pagos a través de tarjetas de crédito y bancos, luego del colapso de la nueva economía y del modelo económico de las empresas *punto com* durante los últimos dos años, se anunció el surgimiento del comercio electrónico; la aparición y consolidación de los servicios web, y la preparación a escala internacional de nuevos estándares que hacen más eficiente el manejo y transmisión de documentos en formato electrónico.

En la práctica los medios electrónicos permiten a los agentes económicos participar en mercados electrónicos de bienes y servicios y por ende, expresar su voluntad de manera eficiente y rápida. El mercado también en estos tiempos tiende a ser global, o por lo menos, es manifestado el interés de los empresarios en participar en el intercambio internacional de bienes y servicios.

El acelerado desarrollo de tecnologías ha introducido cambios en costumbres y hábitos del hombre y de esta forma la economía, las relaciones humanas, la cultura y la política se ven tocadas por las denominadas nuevas tecnologías de la información y esta situación obliga al legislador a adaptar el ordenamiento jurídico a la nueva realidad social que origina la introducción de los avances tecnológicos en la vida cotidiana del ciudadano común. Luego entonces es evidente que en los tiempos actuales, el auge del comercio electrónico, constituye un instrumento cuyo crecimiento es impresionante, sobre los cuales es necesario ejercer control que resguarde el desarrollo de la actividad comercial que allí se efectúa.

3. Político

El uso de la red de Internet y el ciberespacio, como soporte material, en el cual se concretan hechos y actos jurídicos de la vida diaria, la habitualidad que ha adquirido y la trascendencia en la contratación moderna y en los medios de pago, ha originado diversas controversias y debates en lo referente a las diversas legislaciones de todo el mundo puesto que nos encontramos en una etapa en que la globalización tiene su mayor auge y ésta es una cuestión que se presenta en todo el mundo ya que a través del uso de la Internacional red de "Internet" y de la

World Wide Web “WWW”, se aceleró la transformación del comercio mundial y desde luego el nacional.

Fijar posiciones frente a este fenómeno tecnológico que permitan un uso adecuado y el conocimiento de pautas claras en su regulación, debe ser un objetivo político.

Los medios electrónicos se convierten en una herramienta de negocios que busca la perfecta información de quienes tienen que tomar cualquier decisión dentro de un mercado específico. La forma propia del contrato se debe ajustar a una era en la cual la velocidad y el tiempo de decisión se afectan en tal magnitud que la teoría del consentimiento sufre una nueva asechanza, como en su momento fue la contratación en masa. Tal novedad también afecta al gobierno, pues la contratación en la administración pública requiere la eficacia y velocidad del *e-bussines*, tanto es así, que ahora se hace referencia al gobierno en línea (*e-government*).

4. Social

Los análisis jurídicos no pueden detenerse en los vínculos internos que establece la tecnología, desentendiéndose del marco histórico, sociológico y económico. Una indagación exhaustiva no puede prescindir del sujeto que interactúa que no es abstracto y que puede ser ubicado en diferentes categorías sociales, grados de conocimiento y de interés.

El carácter abierto, interactivo y global de la red de Internet sumado a los bajos costos de transacción produce un gran impacto en un amplio rango de cuestiones pertenecientes a la sociología jurídica y luego en la dogmática: las nociones de tiempo, espacio, frontera estatal, lugar, privacidad, bienes públicos.

La red de Internet es entonces un único y completamente distinto medio de la comunicación humana mundial, ya incorporado como un medio de comunicación masivo con alcance mundial, el impacto social que tiene cualquier modificación al uso establecido de Internet u otros medios de comunicación electrónicos, hace necesario que se contemple este aspecto en el presente trabajo de investigación.

B. Problemática jurídica de la formación del contrato electrónico

En nuestros días existe un nuevo espacio: el cibernético o ciberespacio, distinto del espacio físico con una arquitectura caracterizada por su maleabilidad puesto que cualquiera puede redefinir códigos e interactuar en él, lo que lo convierte en objeto de regulación del derecho, imponiendo necesariamente ordenamientos y reglamentación aplicable a esta actividad para dar certeza y seguridad jurídica a los usuarios y dado el caso, que a través de este nuevo “espacio cibernético” los actos que se realizan pueden llegar a producir derechos y obligaciones, dando nacimiento a contratos de cualquier materia o naturaleza es que lo consideramos dentro del presente tema de investigación.

Los estudios sobre este tema han destacado características interesantes, este ciberespacio es autónomo en el sentido de que funciona según las reglas de un sistema auto referente, es pos orgánico ya que no esta formado por átomos ni sigue las reglas de funcionamiento y localización del mundo orgánico se trata de *bits*, tiene una naturaleza no territorial y comunicativa, un espacio, movimiento en el cual, todo cambia respecto de todo, es decir, que el espacio virtual no es asimilable al espacio real porque no esta fijo, no es localizable mediante pruebas empíricas como por ejemplo el tacto.

Este espacio no tiene características solamente pasivas sino activas en el sentido de que influye sobre los demás sistemas, produce un efecto de des territorialización y de descentralización por que no hay una relación centro-periferia no conoce ordenes ni jerarquía y sobre todo no hay una autoridad central, lo que afecta categorías analíticas como la de original-copia, lector-autor, productor-consumidor, porque se dice que al cambiar el espacio cambian los roles y el consumidor puede ser productor, luego entonces, el ciberespacio es un espacio del anonimato un no-lugar por la despersonalización que presenta, donde el individuo ingresa sin que interesen su historia inicial ni sus características ni donde predomina el simulacro de las identidades, es un no-lugar global en el sentido de su tras nacionalidad y su atemporalidad ya que pareciera indiferente a la historia y al futuro.

En la tradición se entiende el espacio como continente de todos los sujetos sensibles que existen pero en este caso no hay continente ni objetos sensibles, el espacio conocido tiene límites lo que en Roma fue esencial para establecer una taxonomía y que pareciera no existir en el espacio virtual, no reconoce límites geográficos porque no hay un río ni una montaña, ignora a los gobiernos y tampoco se da un mundo empírico, sino virtual que incluso ha sido definido como un espacio del saber donde el ser humano se restringe al cerebro o a un sistema cognitivo que entra en contacto con otros cerebros configurando un espacio basado en una tecnología intelectual una comunidad pensante y un mundo plural. Luego entonces, el ciberespacio es un espacio virtual creado por la red global Internet, en la cual se desarrollan relaciones económicas, jurídicas y sociales, que requieren una reflexión jurídica sobre la forma más conveniente de establecer una regulación legal o por lo menos determinar si las nociones jurídicas tradicionales bastan frente a la innovación creciente en las tecnologías de la información.

La contratación en general se ha servido de elementos para garantizar la prueba de los mismos, el común de los medios para la contratación, desde su invención ha sido el papel, más adelante se le han adherido elementos de confianza como son los testigos y en algunos casos la exigencia de un notario, sin embargo, hoy en día la contratación por medios electrónicos se reduce a los *bits* organizados, el soporte ya no es el papel sino el magnético y óptico.

El tiempo y el espacio virtual se separó de las categorías comunitarias y naturales que configuraron el tiempo real del día y la noche y el espacio físico y tangible.

Las relaciones jurídicas efectuadas por medios electrónicos pueden plantear serios problemas para precisar dónde se realizan.

La desterritorialización se ha hecho presente en todo su esplendor ya que se entablan relaciones jurídicas cuyo lugar de celebración resulta difícil de establecer y las respuestas oscilan entre la analogía y la innovación.

La solución de la analogía ha prevalecido en la mayoría de los casos que se pueden registrar hasta el presente:

- a) En el campo de la privacidad, se prohíbe el envío de mails no solicitados, el fundamento de ellos es considerar a la computadora del sujeto receptor como

un domicilio y asemejar esta situación a la intromisión arbitraria en la vida privada al igual que el envío de correo no autorizado, se ha afirmado que hay un derecho de impedir esta practica como parte de la defensa de la privacidad.

- b) En el área de la teoría general del contrato algunos autores afirman que la celebración mediante computadoras y sujetos físicamente distantes deben ser considerada como un contrato entre ausentes en esta perspectiva no se otorga relevancia a la medida de la mediación de la computadora a que en realidad se toma en cuenta que los sujetos no están físicamente presentes sino cada uno en su domicilio, sin embargo, la mayoría de la doctrina se inclina por sostener que no hay una regla fija y que lo que interesa para calificar un vínculo como celebrado a distancia no es el espacio sino el tiempo, esta perspectiva acepta la influencia de la tecnología e introduce una modificación sustancial en el régimen, en la época de la codificación se reguló el supuesto de la contratación a distancia porque la comunicación entre dos sujetos situados en lugares distintos habría un espacio de tiempo que tornaba relevantes los riesgos de muerte del declarante incapacidad revocación etc. En nuestra época la tecnología permite contratar en forma instantánea a dos sujetos que están en lugares distantes por lo tanto lo que interesa es determinar si existe un tiempo relevante suficiente para que ocurran eventos de riesgo que hay que adjudicar.
- c) En el campo de la actividad empresarial se observa que el domicilio de los negocios no coincide con el lugar donde está organizado el sistema informático para solucionar esta discordancia se ha dado primacía al lugar de los negocios.

21

Después de lo antes precisado, debemos entender que estamos ante una situación, ante la cual es indispensable determinar cuando nacen los actos jurídicos con el carácter de contratos realizados a través de medios electrónicos y cuales son las formalidades que deben revestir éstos y si dichas formalidades son suficientes para poder exigir judicialmente el cumplimiento de los mismos,

²¹ L. LORENZETTI, Ricardo. Comercio electrónico. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires 2001

otorgando a los contratantes protección, certeza y seguridad jurídica, también es menester determinar cuando se forma el consentimiento de los contratantes para poder precisar la perfección del contrato y por ende el nacimiento de las obligaciones de los contratantes, puesto que estos, expresan su voluntad a través de medios electrónicos y no así el uno frente al otro, ya que la contratación electrónica supone un dialogo informático, lo que plantea el problema de que el acuerdo de voluntades no puede efectuarse de manera automática entre presentes sino que se realiza entre ausentes.

Resulta importante la determinación del momento en que se perfecciona el consentimiento en los contratos a través de medios electrónicos, con el fin de resolver sobre las siguientes circunstancias :

- Para determinar la ley aplicable en caso de conflicto de leyes en el tiempo.
- Para determinar si las partes son capaces.
- Para determinar la fecha de la transmisión del riesgo en caso de que se pierde la cosa objeto del contrato.
- Para señalar el inicio del plazo de ejercicio o prescripción de ciertas acciones de nulidad o rescisión.
- En caso de quiebra, para saber si el contrato fue celebrado dentro del periodo sospechoso.
- Por ultimo por lo que se refiere a la revocación de la oferta, mientras el contrato no se perfeccione, puede revocarse por muerte del oferente o por declaración de su voluntad.

En los contratos por medios electrónicos puede producirse un error sobre la identidad de las personas que están contratando. En una contratación entre presentes las personas se identifican por sus características físicas, sus signos personales, la firma autógrafa, entre otros; En el contrato entre ausentes, los contratantes envían sus datos domicilio y por lo general firman el documento y lo envían por correo o por el medio acordado, sin embargo, estos medios no son cien por seguros ya que como lo estudiaremos mas adelante las contraseñas pueden ser robadas o usurpadas dando lugar a delitos o fraudes electrónicos.

En la actualidad se ha incrementado en el ciberespacio un gran número de fraudes que van en detrimento de quienes operan comercialmente a través de este medio, aun cuando el espacio de la operación es virtual los delitos o fraudes que ocurren en él son reales. Los daños, perjuicios desilusiones y otras consecuencias que pueden generar los hechos que representan los engaños producidos en la red de Internet pueden ser in cuantificables y ruinosos para quienes sean defraudados.

Lo mismo ocurre con otras conductas que aun cuando no son defraudatorias constituyen una amenaza a la seguridad y confianza con las cuales deben hacerse las comunicaciones y transacciones entre la gente. Así como también se puede ver seriamente afectadas la intimidad y reputación de las personas por hechos lascivos de distinta índole.

Las ventajas que producen el anonimato, la velocidad de las comunicaciones y la ansiedad de los mercados en un hecho que favorece a quienes interactúan en la red, sin embargo puede dar pauta a delitos y otras variedades de conductas ilícitas, como lo estudiaremos mas adelante.

1. El contrato electrónico y sus formalidades en la legislación mexicana

Para comenzar a hablar sobre las formalidades del contrato electrónico es menester diferenciar entre forma y formalismo.

El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos señala que la forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico. Y los formalismos o formalidades son por su parte, el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico.²²

Y de esta forma debemos entender la forma como parte del consentimiento, y los formalismos o formalidades como elemento de validez del contrato.

²² PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. Novena Edición. México 2003. p.p. 36-37.

En la legislación mexicana las formalidades que debe revestir el contrato en general están reguladas en el Código Civil Federal en los artículos 1796, 1832, 1833, 1834 y 1834 Bis que a la letra dicen:

Artículo 1796.- “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la Ley..”

Artículo 1832.-“En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley.”

Artículo 1833.-“Cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal”

Artículo 1834.- Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguno de ellas no puede o no sabe firmar lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmo.

Artículo 1834 bis.- Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, este y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir. Archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conserva bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

De los artículos anteriores del ordenamiento antes citado, se desprende que el principio general que se establece en nuestra legislación es el de la consensualidad, asumiendo previamente que cuando en la contratación electrónica la comunicación es inmediata y automática, así fuere por medios electrónicos mantendrá en su formación los mismos presupuestos de la contratación tradicional.

Para la formación del contrato, lo usual es la concurrencia de oferta y aceptación, que es la manera típica de formación de los contratos que exigen una declaración que incorpore todos los elementos esenciales de éste, sin reserva del consentimiento ulterior por parte de quien formula y otra que acepte la oferta sin modificaciones. La contratación por teléfono o videoconferencia o chat, se entiende entre presentes salvo disposición legal en contrario.

La valoración del contenido de un mensaje de datos constituye verdadera oferta o aceptación a los efectos de hacer posible la perfección del contrato, se plantea típicamente en los términos semejantes al empleo de otros medios de comunicación que hacen posibles el intercambio a distancia de mensajes de texto. Los efectos producidos por una declaración de voluntad pre contractual, contractual o pos contractual efectuada por medios electrónicos tiene los mismos efectos que los producidos en forma escrita o verbal.

De esta manera puede entenderse por perfeccionado el contrato por medios electrónicos en dos momentos diferentes que son en el que se emite la aceptación por parte del aceptante y cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente.

El contrato por medios electrónicos se presume celebrado en el lugar desde el que el proveedor del servicio efectúe su oferta, salvo que ninguna de las partes contratantes sea consumidor o usuario o ambas pacten lo contrario. En los contratos con el consumidor la perfección del contrato será en el lugar donde el consumidor fije su domicilio o acepte la oferta. El lugar de celebración del contrato, así determinado, servirá para interpretarlo conforme a los usos y costumbres y para definir en su caso la exigencia de requisitos especiales para su formalización y la jurisdicción competente para conceder de su impugnación o exigir su cumplimiento.

2. Validez jurídica del contrato electrónico

Para entender la validez jurídica del contrato electrónico, debemos primeramente precisar la diferencia entre validez y eficacia.

El diccionario de la Real Academia define a la validez como “firme, subsistente, y que vale o debe valer legalmente...”²³

El maestro Manuel Ovilla Mandujano en su obra “Teoría del Derecho” hace mención a la teoría del reconocimiento jurídico como aquella que afirma que las normas jurídicas son validas en cuanto son reconocidas por aquellos a quienes están dirigidas. Alf Ross por su parte identifica la validez con existencia efectiva o real.

Validez para nosotros es sinónimo de existencia. Es un modo específico de existir, de vivir de todo orden jurídico o de toda norma de derecho.

La validez de una norma es su existencia específica, es decir, la vida de la norma en el mundo del deber ser, en contraposición a la existencia en el mundo de la realidad.

Sin embargo, la validez aparece como condición necesaria de la eficacia o aplicación, de tal manera que una norma jurídica será eficaz, siempre y cuando exista la norma en cuestión.²⁴

La eficacia se refiere en si misma, a la aplicación de una norma en el mundo real, al poder de obrar, o bien, a la obediencia o sujeción de los sujetos a la misma.

De lo anterior podemos inducir que la validez del contrato electrónico, tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, pues son las partes quienes se obligan según sus propios acuerdos e intereses y aceptan de esta forma la existencia del contrato, de tal manera que si el contrato es reconocido por las partes que intervienen en él tendrá una existencia real y tangible que surtirá plenos efectos jurídicos y por consiguiente también será eficaz pues las partes tendrán que cumplir con las obligaciones pactadas, no obstante, es menester advertir que el contrato independientemente de las estipulaciones que se establezcan en el mismo, tendrá que ser ajustado a derecho, no contraviniendo las leyes de orden publico ni las buenas costumbres, además de cumplir con los requerimientos o formalidades exigidas por la ley, si fuere el caso, pues de lo contrario el acto jurídico estará afectado de nulidades relativas, que si bien es

²³ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Editorial Porrúa p. 587

²⁴ OVILLA, Mandujano Manuel. “Teoría del Derecho”. Editorial Duero S.A. de C.V. Séptima Edición. México 1972. p.180, 190.

cierto son subsanables impedirán que el contrato surta plenos efectos jurídicos hasta su cumplimiento.

En tal virtud, el contrato electrónico deberá también satisfacer los elementos de validez que estudiamos con anterioridad y que se tienen aquí por íntegramente transcritos.

3. La exigibilidad judicial de los contratos realizados a través de medios electrónicos

Atendiendo al principio latino *pacta sunt servanda*, el contrato obliga a los contratantes y debe ser cumplido sin excusa ni pretexto.

Por su parte el artículo Código Civil para el Distrito Federal establece que:

Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no lo solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias, que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la Ley.

Artículo 1832.-“En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley.”

Tomando en consideración lo que a la letra nos dice el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos concluir que el contrato electrónico al igual que los contratos tradicionales se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, aún aunque éste se haya dado a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siendo este momento en el cual nace el contrato como tal y las obligaciones de los contratantes obligándolos al cumplimiento del mismo.

Como ya lo precisamos a lo largo de este trabajo, el contrato electrónico se rige por las mismas normas jurídicas de derecho común de los contratos tradicionales. De tal manera que al igual que éstos se puede exigir el cumplimiento o la rescisión del contrato electrónico.

El incumplimiento del contrato, motivado por un caso fortuito, no responsabiliza a la parte que incumplió, pero el que proviene de su culpa constituye un hecho ilícito

y lo compromete a reparar los daños que cause y además da derecho a la otra parte a desligarse de su propia obligación resolviendo el contrato con la rescisión del mismo.

Por tanto si en el contrato electrónico una de las partes no cumple con lo pactado, la otra parte contratante puede exigir:

- La ejecución forzosa el pago de daños y perjuicios.
- La rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios.

La ejecución forzosa consiste en que cuando una de las partes incumple, la parte afectada puede lograr que sea forzado a lo que se obligó, además del pago de daños y perjuicios, ejerciendo una acción que es la facultad o poder que posee un individuo para provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales a fin de que se resuelva una pretensión litigiosa, es decir, una reclamación específica contra aquel que incumplió.²⁵

Esta acción como el poder de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones, es el medio por el cual el particular puede reclamar cualquier cosa o bien de la vida, frente a otro sujeto distinto, ante un órgano jurisdiccional, mediante un acto específico denominado demanda, iniciando para ello el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión.²⁶

En el caso de que el cumplimiento del contrato sea imposible de realizar o inútil ante una persona física o moral, que no tiene bienes que se le puedan embargar, o el sujeto sea insolvente o imposibilitada por cualquier otra situación para cumplir con lo pactado en el contrato, lo mas conveniente es desligarse de la obligación correlativa y privar al contrato mediante la rescisión del mismo además del pago de daños y perjuicios por el incumplimiento. Esto con fundamento en el artículo 1949 que a la letra dice:

ARTICULO 1749.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las reciprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También

²⁵ OVALLE, Favela José. Derecho Procesal Civil. Editorial Oxford University Press. Novena edición. México 2003.p.50

²⁶ GUASP, Jaime. La pretensión procesal. Editorial Civitas. Madrid, 1981. p.p. 84 y 85.

podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.”

Como podemos ver quien puede ejercer una acción para el cumplimiento o ejecución forzosa del contrato, o bien, para la rescisión del mismo, es el contratante víctima del incumplimiento que está exento de culpa.

En el caso de rescisión ésta procede cuando el incumplimiento proviene por causas imputables a uno de los contratantes, de modo que si el incumplimiento se da por un caso fortuito o de fuerza mayor lo que procede sería la imposibilidad de ejecución. El objeto principal de la rescisión es revocar el contrato privándolo de todos sus efectos y borrando en lo posible todas sus consecuencias, sin embargo, existen dos casos en los cuales no puede producirse esta extinción retroactiva del contrato que son cuando la resolución pudiese causar perjuicios a un tercero de buena fe o cuando el contrato hubiere engendrado efectos no restituibles.

5. Medios probatorios del contrato electrónico y valoración de la prueba en juicio

La prueba de las obligaciones que nacen de los contratos celebrados por medios electrónicos se regirá por las reglas generales de la contratación y nuestras normas procesales con sus respectivas reformas o la ley aplicable para efectos de prueba.

La actividad probatoria consiste en declaraciones legalmente reguladas, tanto de voluntad, como de ciencia o intelectuales, por los cuales se introducen y valoran en el proceso elementos capaces de producir algún conocimiento acerca de los hechos que se hacen valer en el proceso, con los cuales el juzgador podrá dar resolución a una litis o controversia, ya que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial necesitan ser demostrados por las pruebas aportadas por cualquiera de las partes o por el juez, pues el juzgador no puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se haya verificado.

La libertad probatoria se impone en cuanto a la elección de los medios para su producción. Este principio postula que los elementos de prueba puedan ser introducidos en el proceso y que el juzgador pueda validamente lograr su

convicción sobre la base de ellos, aunque no estén catalogados por el ordenamiento normativo,²⁷ luego entonces, los medios probatorios, pueden ser elegidos según el principio de libertad que rige la actividad probatoria.

La prueba entonces, es la demostración por alguno de los medios que la ley establece de la verdad de un hecho del cual depende la existencia de un derecho.

Con respecto al contrato electrónico, cuando éste conste por escrito, siempre que no exista otra formalidad y la ley no disponga lo contrario, se entenderá que es un contrato perteneciente al ámbito de la contratación por medios electrónicos, si los mensajes electrónicos que han dado lugar a la celebración del contrato son archivados y se mantienen accesibles para su posterior consulta.

En cuanto a la contratación electrónica, en nuestra opinión son idóneas las pruebas que se enuncian a continuación para poder demostrar la relación contractual electrónicamente y de esta forma hacer exigible el cumplimiento del contrato:

Documento electrónico:

Entre las pruebas mas utilizadas, a los efectos de probar contratos, tenemos la documental privada, consistente en la presencia física del contrato, así como los correos electrónicos, mensajes de datos, historiales de conversaciones por chat, o cualquier otro elemento por el que se demuestre la relación contractual y la comunicación entre las partes que haya tenido como finalidad algún objeto directo o indirecto en la contratación electrónica, a los que llamaremos documento electrónico,

El documento electrónico es toda captación de información realizada sobre un soporte electrónico, con un registro digital permanente, de modo que permita su recuperación sobre soportes distintos al papel, utilizando para ello descifradores de las señales digitales que lo originaron.²⁸

El documento electrónico puede ser firmado o no por las partes, sin embargo con fundamento en el artículo 210-A del Código de Procedimientos civiles se se

²⁷ PARADINI, Anibal A. "Derecho de Internet". Ediciones LaRocca. Buenos Aires 2002. p. 214

²⁸ ibidem p. 216

reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Demostrándose así la relación contractual.

Las entidades de certificación se convierten en terceros garantes de la autenticidad del documento electrónico y por ende en nuevos sujetos de la contratación electrónica que cumplen una función obligatoria, si los contratantes quieren simplificar los requisitos a la hora de comparecer ante los jueces en caso de discusión sobre la validez y eficacia de un contrato electrónico.

Los documentos redactados en formato digital firmados digitalmente y los reproducidos de la misma forma son considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales.

Los efectos jurídicos de un documento electrónico pueden basarse en las siguientes causas:

- Un contrato de legitimación, que es un fuente convencional, mediante la cual dos partes otorgan validez a las declaraciones que harán en el futuro en forma electrónica.
- Una Ley que establezca un principio de no discriminación, de modo que el juez no pueda rechazar una declaración basándose en la sola razón de que esta asentada en un medio electrónico.
- Una sentencia judicial que legitime el procedimiento
- La costumbre comercial en el sector de los negocios en que se utiliza el documento.
- La conducta anterior de las partes.

El documento es una declaración que puede variar según el soporte escrito o electrónico, o según sea firmado o no. La cuestión que se ha planteado es si un documento en el que consta una declaración y su autoría puede ser rechazado por no estar en un soporte escrito. Si las partes firman un acuerdo previo en virtud del cual sujetan sus relaciones jurídicas futuras a lo que surja de documentos electrónicos, no hay duda de la validez de este acuerdo de legitimación. La firma digital no es una prueba de un hecho, pero establece una presunción de

autenticidad, que podría ser desvirtuada si la contraparte presenta la respectiva tacha de falsedad contra el documento electrónico.

La noción de no repudiación típica de las firmas digitales, no podría entonces excluir, el derecho de defensa e impugnación de quien se opone validamente a la legalidad de un documento electrónico.

Las anteriores características son logradas a través de la utilización de las técnicas de criptografía. La criptografía, es una presunción, sujeta a prueba en contrario, sobre la autenticidad de un documentos electrónico.

La criptografía simétrica, asegura la confidencialidad a través de la encriptación de un mensaje de datos, utilizando un programa de ordenador o llave, basado en algoritmos matemáticos.

La costumbre es fuente de derecho y, en ausencia de una Ley especial, puede ser considerada como legitimante; si se prueba en la causa judicial que el documento electrónico es ampliamente utilizado y es una costumbre en el sector, el juez lo deberá tomar en cuenta y la parte oponente deberá mostrar su falta de autenticidad.

El documento electrónico no ofrece las seguridades que tiene el escrito, y por ello sus efectos son limitados. En general, las legislaciones son coincidentes en excluir de su campo de aplicación a:

- Los actos que requieren una forma especial
- Los actos personalísimos, o aquellos para los cuales la Ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes.
- Los actos jurídicos relativos a derecho de familia.

Estas limitaciones pueden ser superadas en el momento en que la tecnología permita que el soporte electrónico ofrezca las mismas seguridades que el escrito o que la comparecencia personal del autor.

En cuanto al valor probatorio no hay obstáculos para que el juez, dentro de sus facultades, admita estos documentos, pero subsiste la incertidumbre respecto de la posibilidad de que, en el caso, se evalúe que no es un instrumento seguro. Se

aplican en este punto los argumentos desarrollados para la fuente de legitimación.²⁹

Los documentos digitalizados a través del scanner, son documentos privados no auténticos, por tanto carecen de valor probatorio frente a terceros y de fuerza obligatoria mientras no se establezca su autenticidad, constituyen prueba sumaria. Si fue reconocido el documento o no fue tachado de falsedad, adquiere el carácter de documentos autentico.

Certificado digital:

El certificado digital tiene por función básica la de autorizar la comprobación de la identidad del firmante, pero además debe permitir que el titular lo reconozca indubitadamente y conozca su periodo de vigencia; determinar que no ha sido revocado; reconocer claramente la inclusión de información no verificada; especificar tal información; contemplar la información necesaria para la verificación de la firma; identificar claramente al emisor del certificado digital.

Los certificados tienen una eficacia limitada, que el legislador dispone. Las causas recogidas en la legislación comparada son:

- Expiración del periodo de validez
- Revocación por el signatario
- Perdida o inutilización por daños del soporte del certificado
- Utilización indebida por un tercero
- Resolución judicial o administrativa que lo ordene
- Fallecimiento del signatario o de su representado, incapaz sobrevenida, total o parcial, de cualquiera de ellos, terminación se de la representación o extinción de la persona jurídica representada.
- Que el prestador de servicios de certificados expedidos cese en su actividad y sean transferidos a otro prestador de servicio.
- Inexactitudes graves en los datos aportados por el signatario para la obtención del certificado. La perdida de eficacia debe ser publicada para que sea oponible a los terceros.

²⁹ LORENZETTI, Ricardo. Comercio electrónico. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001 p63-65

La utilización de certificados digitales es un punto de partida en el derecho probatorio, pues permite establecer presunciones de autenticidad basadas en medios tecnológicos. La tecnología utilizada y exigida a las entidades de certificación convierte a la presunción en caso irrefutable.³⁰

Inspección judicial:

El sitio de Internet puede ser interpretado como un establecimiento de comercio virtual compuesto por bases de datos, programas de ordenadores y contenidos en formato electrónico y por ende puede ser objeto de una inspección judicial con el fin de determinar hechos relativos al proceso. La inspección judicial debe solicitarse identificando la dirección del establecimiento que sería el dominio o sub dominio en el cual se puede obtener el sitio.

Las modificaciones usuales que se realizan en el sitio de Internet pueden afectar la efectividad de la prueba de inspección judicial en la medida en que el contenido puede cambiar.

El contenido puede ser distinto en la época que se solicita la prueba, en el momento en que el juez la decreta y cuando se practique, para lo cual lo mas conveniente sería solicitar la inspección judicial anticipada del sitio con el fin de preconstituir la prueba pertinente.

La inspección judicial con exhibición de documentos puede ser muy útil en el caso de que dentro de un proceso se requiera probar hechos mediante documentos electrónicos que no sean visibles, en ese caso se podría solicitar la exhibición de los documentos electrónicos que hacen parte de la arquitectura del sitio. La inspección judicial podría versar desde luego respecto de un sistema de información y de los elementos que conforman al mismo. Lo anterior sin que se menoscaben las garantías del secreto empresarial o de la intimidad de los individuos.

Los elementos no visibles del sitio pueden ser importantes también en las discusiones jurídicas con el Estado. El gobierno en línea ha permitido la creación

³⁰ DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS LINEA DE INVESTIGACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICO. El contrato por medios electrónicos. Homenaje a Fernando Hinestrosa cuarenta años de rectoría. Universidad Externado de Colombia. Colombia 2003 p. 198

de sitios virtuales gubernamentales que tienen gran cantidad de documentos públicos en formato electrónico de libre acceso ciudadano.

Además de esos documentos, existen, con mas frecuencia que antes, bases de datos y sistemas de almacenamiento y procesamiento de información que contienen datos que en muchos casos no aparecen totalmente en los sitios, pues allí se presentan solo formas de acceso parciales.

Es evidente también que los ciudadanos mediante derecho de petición pueden solicitar esos datos y no existe obstáculo legal para que esa información les sea proporcionada. La transparencia de la información publica trasciende entonces lo que se decida presentar en el sitio gubernamental. La interpretación del derecho de petición en la era digital debe ser mas amplia posible para involucrar al sistema de información y no al dato aislado.³¹

Testimonios e interrogatorios por videoconferencia:

La videoconferencia permite una comunicación en tiempo real, con la mayor potencia de quipos y la utilización de conexiones de banda ancha ha sido posible disminuirlos costos de esta técnica, creciendo su utilización en el medio corporativo y universitario.

La utilización de estos medios electrónicos permite la practica de interrogatorios y testimonios sin necesidad de desplazamiento de los funcionarios o árbitros, sin afectar el derecho de defensa y evitando, en el caso del sistema judicial tradicional, la practica de comisiones fuera del territorio de competencia del juez.

Pericial en tecnología digital:

La arquitectura tecnológica del ciberespacio esta integrada por la red telefónica, los protocolos y los programas de ordenador, los equipos necesarios para la interconexión e interoperabilidad de la red, las herramientas técnicas para presentación de los contenidos. Si bien es cierto que cada una de esas categorías se encuentra ya regulada por ramas del derecho, como el derecho de las telecomunicaciones o el derecho de la propiedad intelectual, el entendimiento de este sistema y su aplicación concreta exigen un conocimiento técnico que en muchos casos define un litigio. La intervención de peritos es muy relevante, y aun

³¹ ibidem p. 212

mejor se debería propiciar que uno de los miembros de un tribunal fuera un experto en informática, telemática o telecomunicaciones.

La presencia de peritos puede ser necesaria incluso para el entendimiento del tipo de negocio que se ha propuesto en funcionamiento utilizando una plataforma electrónica, como puede ser el caso de esquemas complejos de *e-business* (*comercio electrónico entre empresas*) o para definir aspectos técnicos del mercado en el caso de conflictos sobre competencia o practicas comerciales restrictivas relacionadas con la tecnología.

C. La firma electrónica en México

En sus inicios el comercio electrónico se realizaba por medios no tan seguros como el teléfono, el fax o EDI (intercambio de datos), modalidad que se basaba en la confianza entre las partes, en cambio el comercio celebrado por Internet recurre a la firma digital a fin de realizar negocios mas seguros.

En Internet, el intercambio de datos por medios electrónicos puede ser objeto de interceptación, modificación, interrupción y generación de información. La presencia de estos riesgos en la contratación electrónica ha llevado a la búsqueda de sistemas que otorguen confianza a las partes contratantes en la seguridad de los mecanismos de contratación electrónica que emplean.

Cuando la contratación electrónica se desarrolla a través de una red abierta como Internet, es necesario asegurarse que los mensajes electrónicos intercambiados pertenecen a la persona que se dice lo envía y que dichos mensajes no han sido alterados.

Para conseguir estas garantías de autenticidad e integridad de los mensajes se utilizan una serie de instrumentos técnicos que se denominan firmas electrónicas porque cumplen con la finalidad que tiene la firma manuscrita.³²

Se llama firma electrónica a los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser

³² CAMACHO, Clavijo Sandra. "Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico". Editorial Reus. Madrid 2005. p. 350-351.

utilizados para identificar y/o vincular al firmante en relación con el mensaje de datos, en forma equivalente a la firma manuscrita.

Por su parte la firma electrónica avanzada permite la identificación del firmante y ha sido generada bajo su exclusivo control, conocida también como firma digital, que vincula exclusivamente al firmante con el mensaje de datos al que se adjunta o asocia, lo que permite que sea detectable cualquier falsificación ulterior de éste.³³

Antes de llevar a cabo una transacción por medios electrónicos, las partes deben ser capaces de identificar de manera confiable las otras partes involucradas. En las transacciones tradicionales, el uso de las firmas ha tenido como objeto lograr una certeza sobre la identidad y capacidad suficiente de las partes contratantes.

Las partes tienen seguridad jurídica respecto de la autenticidad e integridad de los documentos relacionados con una transacción por las firmas, sellos y otros signos. En la nueva “era digital” la forma mas usual de firmar es a través de la firma electrónica, que pueden incluir un mensaje de correo electrónico desde una cuenta propia, la cual, en muchos casos, incluye algún elemento relacionado con el nombre y apellido del propietario de la cuenta y permite un grado de certeza sobre la identidad de quien envía el mensaje.

La criptografía basada en claves publicas, llamada criptografía asimétrica, es ideal para la creación de firmas electrónicas. Cuando esta técnica es utilizada respecto de las firmas electrónicas, la clave privada, es solamente conocida por su propietario, es utilizada para transformar un archivo electrónico de datos al encriptar la información contenida en él. El mensaje transformado es la firma electrónica y puede ser corroborada respecto del archivo original utilizando la clave publica de la persona que firmo el mensaje, si solamente la persona con acceso a la clave privada es su titular, en consecuencia, ese titular muy probablemente sería quien habría firmado el documento y no podría negar posteriormente su autenticidad.³⁴

³³ REYES, Kraff Alfredo Alejandro. La firma electrónica y las entidades de certificación. Editorial Porrúa. México 2003. p.p 164- 165.

³⁴ DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS LINEA DE INVESTIGACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICO. El contrato por medios electrónicos. Homenaje a Fernando Hinestrosa cuarenta años de rectoría. Universidad Externado de Colombia. Colombia 2003 p.195

El signatario trata por este medio, de expresar su consentimiento. Este concepto se refiere, usualmente al identificador que va adosado o lógicamente asociado a un mensaje electrónico documentos o datos y los propósitos para los cuales fue incluido implican el concepto jurídico de firma, esta no requiere necesariamente, ratificar ninguna información, simplemente indica la intención del signatario.

Así la firma electrónica se refiere al concepto genérico que engloba todo tipo de firma realizada por medios electrónicos, la firma es aquella en la cual se utiliza un par de claves.

Dentro de las aplicaciones de la firma electrónica que son programas de comunicaciones relacionados con ella se destacan las siguientes

- a) S-MIME: es una aplicaciones utilizada en el correo electrónico que firma y comprueba firmas generando relaciones seguras y se la emplea en pedidos comerciales por correo
- b) SSL: es una aplicación del protocolo http que permite realizar conexiones web seguras, utilizada en el comercio electrónico
- c) SSH: que permite usar en forma segura una terminal del ordenador a distancia
- d) SET: que se emplea para el pago por medios electrónicos siendo utilizada principalmente por Visa y Mastercard.

La firma electrónica puede ser utilizada con eficacia como sistema de documentación interna dentro de una empresa o como un dispositivo de control de acceso, pero no genera la seguridad suficiente para ser empleada como mecanismo para documentar relaciones externas.³⁵

La autenticación, integridad, no rechazo en origen y confidencialidad de los mensajes electrónicos se consiguen mediante el empleo de las nuevas tecnologías que basadas en el a *criptología* permite la confidencialidad, así como la generación de firmas electrónicas digitales que garantizan las autenticación, integridad y no repudio de los mensajes electrónicos.

³⁵ SIMON, Hoccozman Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005. p.p361, 362

La criptología es la ciencia que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original. La utilización de sistemas criptográficos para encriptar los mensajes permite conseguir confidencialidad de las comunicaciones electrónicas.

Con lo respecta a la regulación de la firma electrónica en la legislación mexicana el 29 de agosto del 2003 se reformo el Código de Comercio, adaptando básicamente la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), lo que introduce en nuestra legislación el concepto de firma electrónica fiable o avanzada y se complementa la parte relativa a Mensaje de Datos.³⁶

D. Delitos y fraudes electrónicos

Al igual que en el mundo de las relaciones materiales, las conductas que se llevan a cabo a través de medios electrónicos, son vulnerables de violación de la seguridad y otros bienes jurídicos protegidos por el legislador, y en consecuencia pueden llegar a comprometer su responsabilidad. En primer lugar, es necesario hacer distinción entre las responsabilidades civil y penal que se generan en la red, la responsabilidad penal es consecuencia de ciertas conductas que afectan el interés general y que son penalizadas y perseguidas por el Estado y por otro lado, se encuentra la responsabilidad civil, que persigue la reparación del daño causado, al tratar que la victima recupere el estado del que gozaba con anterioridad al hecho. En el supuesto de que las partes se encuentren vinculadas por medio de un contrato, la responsabilidad que resulta de la violación del contrato será contractual, mientras que en aquellas situaciones en las cuales el daño se provoca a un tercero con el que no existe una vinculación contractual, la responsabilidad será extra contractual con los distintos limites de resarcimiento que caracterizan a ambos tipos de responsabilidad.

Por medio de las redes abiertas es posible cometer una serie de delitos y cuasidelitos civiles y penales que afectan la propiedad, el honor y el orden publico.

³⁶ REYES, Kraff Alfredo Alejandro. La firma electrónica y las entidades de certificación. Editorial Porrúa. México 2003.

Estos, al igual que aquellos, deben ser punibles penalmente y dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios. Por lo tanto, la protección contra estas conductas prohibidas debe desarrollarse en dos ámbitos diferentes que son el civil y el penal.

Existen diferencias en cuanto a los delitos reales y los denominados ciber delitos. Respecto de estos últimos, observamos que en ellos se dan en cuatro sentidos diferentes:

- Falta una debida tipificación, lo cual no solo dificulta encuadrarlos, sino, que implica un esfuerzo para luchar en desigual posición contra la ciber delincuencia.
- No se requiere la presencia física para su comisión.
- Aprender a delinquir en la red es relativamente fácil.
- Se requiere poca inversión, en comparación con el daño que causan.

Dentro del catalogo de delitos electrónicos, éstos pueden ser agrupados según se ataque de la siguiente forma:

- Datos (robo, interceptación, modificación)
- Redes (sabotaje, interferencia, hacking distribución de virus)
- Mediante fraude en la red.³⁷

Estos hechos delictivos involucran a sujetos que reciben denominaciones como *hackers*, *crackers* y *phreakers*.

El *hacker* es toda persona que valiéndose de medios informáticos y telecomunicaciones, accede remotamente y en forma no autorizada a sistemas de información cuyo acceso le esta prohibido, por su parte el *cracker* es toda persona que por los mismos medios que el *hacker* accede a sistemas de información que le son prohibidos, pero con la intención de provocar un daño o apoderarse indebidamente de información. Por último, un *phreker* es la persona que para llevar a cabo la actividad de hacker o de ckacker, utiliza indebidamente líneas telefónicas puesto que, mas allá del valor de los pulsos telefónicos

³⁷ A. PARADINI, Anibal. Derecho de Internet. Editorial Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2002. p.65

utilizados, su motivación es evitar ser rastreado por el software específico diseñado para tal efecto.³⁸

Los fraudes por medios electrónicos han crecido exponencialmente en los últimos años. La inminente necesidad de usar Internet como medio de comunicación prioritario ha abierto la puerta a múltiples estafadores que lo usan como un nuevo medio para atacar y defraudar a usuarios y empresas por igual.

La forma mas común de fraude electrónico se conoce como “*phishing*”, esta técnica consiste en enviar mensajes de correo electrónico que simulan ser provenientes de bancos prestigiosos, subastas por Internet o tiendas departamentales.

El termino fraudes electrónicos o “*pshishing*” viene del ingles “*fishing*”, el cual ahora se utiliza para identificar la acción fraudulenta de conseguir información confidencia vía correo electrónico, con el propósito de que los receptores lo contesten o lo reenvíen con la información real.

“*Phishing*” específicamente se refiere al intento de robo de información personal o financiera de manera electrónica utilizando el nombre de un tercero. No esta enfocado a individuos particulares, sino a grande grupos a través de mensajes masivos vía correo electrónico haciendo creer al publico, que se esta comunicando con su Institución financiera y contesten, en realidad, a los defraudadores con información confidencial tal como clave de usuario, numero de cliente, numero de cuentas, claves de firmas electrónicas, password o PIN etc.

Otra técnica para defraudar es a través de la navegación en Internet, y consiste en introducir troyanos o spyware, y permite descargar en forma automática aplicaciones cuando uno entra en un sitio web. Hay aplicaciones que se instalan automáticamente sin solicitar confirmación del usuario utilizando fallos del navegador o aprovechándose de que no tiene criterios de seguridad adecuados.

Estos programas les permiten a los defraudadores conseguir información personal y confidencial, incluyendo contraseñas de acceso a sistemas bancarios.

El *spyware* o programas espías son aplicaciones que se instalan en la computadora mediante virus que se distribuyen principalmente por correo

³⁸ SIMON, Hoccsmán Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005.p. 247

electrónico. Su función mas común es la de recopilar información sobre el usuario y distribuirlo a empresas publicitarias u otras organizaciones interesadas sin el conocimiento o aprobación previa del usuario.

Estas aplicaciones, una vez instaladas en la computadora pueden tener acceso a información sobre correos electrónicos, password, dirección IP y DNS, tarjetas de crédito, cuenta de banco, paginas web etc. esta información puede utilizarse para enviarle anuncios de aparición automática, redirigir su computadora hacia otros sitios web o registrar lo que se teclea en la computadora, lo cual podría resultar en robo de identidad.

Algunas de las formas mas comunes a través de las cuales operan los delitos y fraudes electrónicos son:

- Fraudes electrónicos de caridad.
- Fraudes electrónicos bancarios por correo electrónico.
- Correos electrónicos con motivos navideños.
- Facturas falsas.
- Tiene un nuevo amigo.
- Términos de búsqueda peligrosos relacionados con las fiestas de fin de año.
- Ciber criminal de categoría.
- Ladrones de contraseña.
- Fraudes mediante sitios de subastas.
- Robo de identidad en línea.
- Robo de equipos portátiles.

CAPÍTULO TERCERO.- Protección a los contratantes por medios electrónicos

A. Antecedentes normativos

Respecto de México los principales antecedentes legislativos, en materia de contratación electrónica, se dan en el Código de Comercio de 1884 en el que existen disposiciones relativas al telégrafo como medio de comunicación; en el Código civil de 1928 hace referencia en diversas disposiciones al teléfono; en las leyes Bancarias de 1990 incorpora los medios telemáticos; la Ley de Protección Federal al Consumidor de 1992 protege a los consumidores de las ventas a distancia y telemarketing, es decir, venta por medios de comunicación masivas

como son el radio y televisión; dentro de las leyes fiscales de 1998 igualmente se prevén las declaraciones y pagos en formato electrónico además de diversos esfuerzos gubernamentales.

La legislación existente hasta 1999, requería para la validez del contrato, del soporte de la forma escrita y la firma autógrafa, para vincular a las partes en forma obligatoria.

En el año de 1996, se creó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, siendo así uno de los mayores esfuerzos jurídicos a nivel internacional para regular lo concerniente al denominado “comercio electrónico”, proponiendo a los demás Estados el fortalecimiento de la legislación regidora de estos medios; Y así otorgándole todo el valor jurídico a la utilización de medios electrónicos. Siendo entonces que en diversos países ya se contaba con mayores avances en materia legislativa e incluso de antecedentes de la aplicación de estos medios. La legislación existente hasta el año de 1999 requería para la validez del acto o contrato del soporte de la forma escrita y la firma autógrafa para vincular a la parte en forma obligatoria y la necesidad de modernizar la legislación mexicana para el reconocimiento jurídico para las transacciones por Internet.

En abril de 1999 el Partido Acción Nacional presentó la iniciativa del texto de la ley modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico y en marzo de 2000 el Partido Revolucionario Institucional presenta la iniciativa de texto simplificado y aumentado con protección al consumidor.

Después de varios meses de análisis de proyectos y ante la consideración generalizada sobre la conveniencia de adecuar la legislación mexicana para dar seguridad jurídica en el uso de medios electrónicos se aprobó en México el decreto de fecha 6 de abril de 2000 publicado el 29 de mayo de ese mismo año, mediante el cual se reformó y se adicionaron disposiciones al Código Civil Federal, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor para establecer el esquema jurídico para brindar mayor certeza a las operaciones vía electrónica o digital, y que tenía como objetivos el reconocimiento de la validez jurídica del contrato electrónico, la posibilidad de la exigibilidad judicial de los contratos realizados a través de medios

electrónicos, los medios probatorios del contrato electrónico y valoración de la prueba en juicio y la protección razonable a los consumidores.

Otras reformas importantes en materia de cuestiones electrónicas son las siguientes:

1. Norma oficial mexicana NOV-151-SCFI-2003 practicas comerciales. Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos (mayo 2003).
2. Reformas al Código Fiscal de la Federación (enero de 2004).
3. Reglamento del Código de Comercio en materia de Prestadores de Servicios de Certificación (julio de 2004).
4. Reglas generales a que se deberán sujetar los prestadores de servicios de certificación (agosto de 2004).

B. Legislación actual aplicable al contrato electrónico

1. El Código Civil Federal

El Código Civil Federal fue modificado por el decreto de fecha 6 de abril de 2000 publicado el 29 de mayo de ese mismo año, en los artículos 1803,1805,1811, añadiéndose el artículo 1834 bis al Nuevo Código Civil federal en lo que respecta a la incorporación de la posibilidad de “medios electrónicos, ópticos o cualquiera otra tecnología” equiparando la contratación electrónica a la oferta hecha a una persona como si estuviera presente.

Las reformas y adiciones al Código Civil Federal se centraron en el reconocimiento a la celebración de actos jurídicos a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, añadiéndose los medios “tecnológicos” y la firma autógrafa siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

Como puede verse, una de las modificaciones mas importantes al código Civil Federal se da al artículo 1803 en el que se establece el reconocimiento del consentimiento a través de medios electrónicos estableciendo lo siguiente:

“...El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.-Será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos...”

Lo que quiere decir que el momento en el que nacerá el contrato electrónico y las obligaciones de las partes, será el momento en el cual las partes expresen éste a través de cualquier medio electrónico, óptico o de cualquier tecnología, tales como chat, correo electrónico, mensaje de datos etc., para lo cual se entenderá como si el contrato se haya dado entre presentes.

La reforma al artículo 1805 del mismo ordenamiento radica en que el oferente queda desligado de la oferta si la aceptación no se da en el momento, a lo que lo siguiente:

“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de esta en forma inmediata.”

La reforma del artículo 1811 dice a la letra:

“...Tratándose de la propuesta y la aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.”

Hay que destacar entonces que con el empleo de estas técnicas, la propuesta y aceptación ya no requieren de estipulación previa entre los contratantes para la producción de efectos jurídicos. Sin embargo, esta disposición, si bien es aplicable en toda la República Mexicana, solo se refiere a asuntos del orden federal y, por tanto, al respecto continúan vigentes las disposiciones legales de los códigos civiles en provincia.

Con la inclusión del artículo 1834 bis del ordenamiento en comento no se requiere ya de estipulación previa de un fedatario público, para definir la atribución de la información y la conservación fidedigna de la misma reconociendo la intervención de fedatarios públicos en los siguientes términos:

“...En los casos que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los

términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conserva bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.”

De esta manera si el acto jurídico debe ser elevado a instrumento notarial, las partes que en él intervengan y el propio notario, podrán hacer uso de los sistemas de comunicación multi referidos, debiendo el fedatario hacer constar esta circunstancia en el documento que al efecto redacte y tendrá la obligación de conservar una versión íntegra de dicha información, para su consulta posterior.

La escritura notarial se registrará por la Ley del Notariado que le sea aplicable, dependiendo de la plaza en que dicho fedatario actúe como tal.

2. El Código Federal de Procedimientos Civiles

Por el decreto de fecha 6 de abril de 2000 publicado el 29 de mayo de ese mismo año, se adiciono el artículo 210-A al Código de Procedimientos Civiles en los términos siguientes:

“Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimara primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta”.

Con lo que respecta a este ordenamiento, se reconoce como prueba, la información contenida en los medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, dando una serie de reglas para su valoración por parte del juzgador, mismos que consisten en la fiabilidad del método para generar, comunicar, recibir o archivar la información, la cual deberá de ser conservada sin cambio, su atribución a las personas obligadas y la posibilidad de acceder a ella en ulteriores consultas. Asimismo y para que la información generada, comunicada, recibida o

archivada por medios electrónicos se considere como original, esto para su conservación o presentación, deberá acreditarse que dicha información se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y esta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

Para valorar la fuerza probatoria de la información contenida en los sistemas ya mencionados, la autoridad judicial estimara primordialmente la fiabilidad del método usado para generar, comunicar recibir o archivar la misma y determinar, con base en ella, si es factible atribuirla a los contratantes. Por otro lado, debe ser accesible para su consulta, cuantas veces sea necesario.

Cuando la Ley exija que un documento deba permanecer inalterado y conservado en su forma original, para poder ser exhibido en juicio, ese requisito quedara cubierto si se cumplieron las reglas anteriormente marcadas y se demuestra que se ha mantenido íntegro, a partir del momento en que se generó por primera vez, en su aspecto definitivo y éste puede ser consultado cuantas veces se solicite.

Para lo anteriormente precisado debe tomarse en cuenta la siguiente tesis:

NOVENA EPOCA

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Agosto de 2002

Tesis: V. 3o.9.C.

Página: 1279

Materia: civil

Tesis Aislada

DOCUMENTAL CONSISTENE EN INFORMACIÓN EXTRAIDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO.- El Código de comercio establece en sus artículos 1237,1238 y 1284, respectivamente, cuales son los instrumentos públicos , los privados y los simples; asimismo, en los artículos 1277,1279 y 1284 de la legislación en cita, refiere las presunciones humanas; ahora bien, de la interpretación armónica de los citados artículos se infiere que el documento que contiene información referente a las tasas de intereses recabadas de “internet”, como no constituye un documento publico pues, además de no ser un documento original, no contiene sello o alguna otra característica que señale la ley para darle carácter de publico, ni tampoco puede considerarse como documento privado, porque no constituye un documento original, conforme lo requiere el artículo 1242 de la ley de consulta; en consecuencia, de ello se deduce que dicho instrumento solo puede ser considerado como documento simple y, por tanto, innominado; de suerte que si éste es un medio de prueba reconocido por la ley y no se demostró que la información contenida en dicho documento sea incongruente con la realidad, de ello deriva que es apto para integrar la presunción humana, con observancia, además, del artículo 1205, del código de Comercio, que señala: “Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas en cuenta como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial,

fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensaje de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.”, de ahí que su valor quede al arbitrio del juzgador como indicio, y como tal deban atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medio de convicción que obren en autos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Procedente:

Amparo en revisión 257/2000.- Bancomer, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero.- 26 de junio de 2001.-Unanimidad de votos.- Ponente: Epicteto García Báez.³⁹

3. La Ley de protección al consumidor

Este ordenamiento reconoce la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología mediante la instrumentación de las operaciones que celebren los proveedores o consumidores, dando las bases sobre las cuales habrán de realizarse dichas operaciones, mismas que consisten en la confidencialidad, certeza y seguridad en la información proporcionada al consumidor, previendo sanciones administrativas para el caso de que los proveedores no cumplan con dichas disposiciones.

Esta Ley incorpora en su artículo 1º fracción VIII la expresión “medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología para incluir las transacciones donde debe otorgarse protección al consumidor y el adecuado uso de los datos aportados.

Por lo que respecta a las atribuciones de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, se adiciona promover, en coordinación con la Secretaria de Economía, la formulación, difusión y utilización de códigos de ética, por parte de los proveedores, que incorporen los principios de protección al consumidor, en lo que concierne a las transacciones hechas con los medios multi citados.

A través de la reforma a este ordenamiento por el decreto de fecha 6 de abril de 2000 publicado el 29 de mayo de ese mismo año, se agrega a la Ley en comento el capítulo denominado “De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología” que dispone lo siguiente:

³⁹ **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.Amparo en revisión 257/2000.- Bancomer, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero.- 26 de junio de 2001.- Unanimidad de votos.- Ponente: Epicteto García Báez.**

- a) Quien tenga la calidad de proveedor usará la información del consumidor de manera confidencial, razón por la cual no podrá difundirla o transferirla a otros proveedores extraños a la operación, salvo que exista autorización del consumidor o requerimiento de autoridad competente.
- b) El proveedor ocupara los elementos técnico disponibles, para otorgar seguridad y confidencialidad a los datos aportados por el consumidor, teniendo el deber de avisar de la celebración de la negociación y de las características básicas de los elementos utilizados.
- c) Tiene que proporcionar el proveedor, antes de celebrar el contrato respectivo, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios de identificación, que puedan estar al alcance del consumidor, para efecto de formular reclamaciones o solicitar aclaraciones sobre el negocio desarrollado.
- d) El proveedor debe evitar las practicas engañosas respecto de las calidades de sus productos y, por ende, debe cumplir con las disposiciones de la ley mencionada, so pena de ser sancionado por incumplimiento;
- e) El consumidor tiene derecho a saber todo lo relativo a la operación, como lo serian los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, si los hubiere, así como la forma de pago del bien o servicio contratado;
- f) El proveedor respetara la decisión del consumidor, lo relativo a la cantidad y calidad de lo que adquiriera, así como a no recibir avisos comerciales y
- g) Quien provea tendrá que evitar la utilización de estrategias de mercado o de publicidad, que le den información clara y suficiente sobre lo ofrecido al publico, debiendo abstenerse de realizar practicas de mercadotecnia, dirigidos a sectores vulnerables de la población, como niños, ancianos y personas enfermas, incorporando mecanismos que advierten que dicha información mercadológica no es apta para ese tipo de sujetos.

Los proveedores que infrinjan las reglas antes señaladas (artículo 128) pagaran multas que van de uno a 2,500 días de salario mínimo general para el Distrito Federal.

5. Código Fiscal de la Federación

En cuanto a la reglamentación que hace el Código Fiscal de la Federación en su capítulo de medios electrónicos, por lo que hace al presente tema de investigación, nos referiremos a lo que se refiere al trámite de la firma electrónica avanzada, la expedición de certificados digitales, y el Servicio de Administración Tributaria como prestador de servicios de certificación .

Comenzaremos señalando que el ordenamiento en comento es aplicable en tratándose de contribuciones administradas por organismos fiscales autónomos, cuando así lo establezca la ley de la materia.

En el artículo 17-D del citado ordenamiento establece que

"Cuando las disposiciones fiscales obliguen a presentar documentos, éstos deberán ser digitales y contener una firma avanzada del autor, y de esta manera las autoridades fiscales, mediante reglas de carácter general, podrán autorizar el uso de otras firmas electrónicas..."

El documento digital es definido por el ordenamiento citado como todo mensaje de datos que contiene información o escritura generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, y siendo el caso, en que los contribuyentes presenten éste tipo de documentos ante las autoridades fiscales correspondientes, los mismos deberán recibir el acuse de recibo que contenga un sello digital expedido por la misma autoridad fiscal.

Respecto a la firma electrónica, como lo estudiamos anteriormente, ésta adquiere gran relevancia ya que los usuarios de medios electrónicos deben asegurarse que los mensajes electrónicos intercambiados pertenecen a la persona que se dice lo envía y que dichos mensajes no han sido alterados, teniendo la firma electrónica como finalidad principal conseguir estas garantías de autenticidad e integridad de los mensajes.

El Código Fiscal de la Federación establece en cuanto al mecanismo de creación de firmas electrónicas que:

“...los datos de creación de firmas electrónicas avanzadas podrán ser tramitados por los contribuyentes ante el Servicio de Administración Tributaria o cualquier prestador de servicios de certificación autorizado por el Banco de México. Cuando los datos de creación de firmas electrónicas avanzadas se tramite ante un prestador de servicios de certificación diverso al Servicio de Administración Tributaria se requerirá que el interesado previamente comparezca personalmente ante el Servicio de Administración Tributaria para acreditar su identidad...”

Esta comparecencia en tratándose de personas físicas no puede ser a través de representante legal, solo cuando se trate de personas morales, en cuyo caso se tendrá que acreditar las facultades de apoderado o representante legal con el instrumento notarial correspondiente.

Los servicios de certificación sobre firmas electrónicas avanzadas que ofrece el Sistema de Administración Tributaria se encuentran establecidas en el artículo 17-F, siendo éstos los siguientes:

- I. Verificar la identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica.
- II. Comprobar la integridad de los documentos digitales expedidos por las autoridades fiscales.
- III. Llevar los registros de los elementos de identificación y de vinculación con los medios de identificación electrónicos de los firmantes y, en su caso de la representación legal de los firmantes y de aquella información con la que haya verificado el cumplimiento de la fiabilidad de las firmas electrónicas avanzadas y emitir el certificado correspondiente.
- IV. Poner a disposición de los firmantes los dispositivos de generación de los datos de creación y de verificación de firmas electrónicas avanzadas y sellos digitales.
- V. Informar, antes de la emisión de un certificado a la persona que solicite sus servicios, de las condiciones precisas para la utilización del certificado y de sus limitaciones de uso.
- VI. Autorizar a las personas que cumplan con los requisitos que se establezcan en reglas de carácter general, para que proporcionen los siguientes servicios:
 - a) Proporcionar información sobre los certificados emitidos por el Servicio de Administración Tributaria que permita a terceros conocer:

- 1) Que el certificado fue emitido por el Servicio de Administración Tributaria.
- 2) Si se cuenta con un documento suscrito por el firmante nombrado en el certificado en el que se haga constar que dicho firmante tenía bajo su control el dispositivo y los datos de creación de la firma electrónica avanzada en el momento en que se expidió el certificado y que su uso queda bajo su exclusiva responsabilidad.
- 3) Si los datos de creación de la firma eran validos en la fecha en que se expidió el certificado.
- 4) El método utilizado para identificar al firmante.
- 5) Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado.
- 6) Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad del Servicio de Administración Tributaria.
- 7) Si se ofrece un servicio de terminación de vigencia de los certificados.

b) Proporcionar servicios de acceso al registro de certificados a través de medios electrónicos.

Como lo estudiaremos mas adelante a través de las entidades de certificación se reviste de una mayor certeza respecto de la identidad de un firmante o contribuyente, similar a la de una firma que haya sido autenticada o ratificada ante notario, estas organizaciones proveen de certificados que otorgan confiabilidad a los usuarios.

Con respecto a los certificados de autenticación que emite el Servicio de Administración Tributaria en carácter de autoridad de certificación, el Código Fiscal de la Federación establece en el artículo 17-D que para los efectos de presentar documentos fiscales en formato digital que contenga una firma electrónica avanzada

“...se deberá contar con un certificado que confirme el vinculo entre un firmante y los datos de creación de una firma electrónica avanzada expedido por el Servicio de Administración Tributaria cuando se trate de personas morales y de los sellos

digitales y por un prestador de servicios de certificación autorizada por el Banco de México cuando se trate de personas físicas...”

En los documentos digitales, una firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente sustituye al a firma autógrafa del firmante, garantizando la integridad del documento y produciendo los mismos efectos que las leyes otorguen a los documentos con firma autógrafa, y otorgándoles el mismo valor probatorio.

Los prestadores de servicios de certificación autorizados por el Banco de México no podrán emitir un certificado sin que previamente cuenten con la comunicación del Servicio de Administración Tributaria de que el interesado acreditó y cumplió con los requisito necesarios para la creación de la firma electrónica avanzada.

Para los efectos fiscales, los certificados emitidos por el Servicio de Administración Tributaria tendrán una vigencia máxima de dos años contados a partir de la fecha en que se hayan expedido.

Para la validez de los certificados que emita el Servicio de Administración Tributaria deberán contener los siguientes requisitos, esto con fundamento en el artículo 17-G del ordenamiento en cita:

- La mención de que se expiden como tales.
- El Código de identificación único del certificado
- La mención de que fue emitido por el Servicio de Administración Tributaria y una dirección electrónica.
- Nombre del titular del certificado y su clave de registro federal de contribuyente.
- Periodo de vigencia del certificado.
- La mención de la tecnología empleada en la creación de la firma electrónica avanzada contenida en el certificado.
- La clave publica del titular del certificado.

Cuando se trate de certificados emitidos por prestadores de servicios de certificación autorizados por el banco de México., deberá contener la identificación del prestador de servicio de certificación y su dirección electrónica, así como los requisitos para su control establecido por le Servicio de Administración Tributaria.

6. El Código de Comercio

Por el decreto de fecha 6 de abril de 2000 publicado el 29 de mayo de ese mismo año, el Código de Comercio fue reformado para adoptar el título segundo denominado “Del comercio Electrónico”, mismo que es aplicable en toda la República Mexicana en asuntos de orden comercial.

Con las reforma hechas a este ordenamiento se da reconocimiento a los convenios y contratos mercantiles celebrados a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología según el artículo 80 que a la letra dice:

“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”.

Dicho capítulo adopta elementos como son certificado, datos de creación de firma electrónica, destinatario, emisor, firma electrónica, firma electrónica avanzada, firmante, intermediario, mensaje de datos, parte que confía, prestador de servicios de certificación, Secretaria entiéndase, Secretaria de Economía, sistema de información y titular de certificado, mismos que son de gran importancia para nuestro tema de investigación, sobre todo lo que respecta a los prestadores de servicios de certificación, las obligaciones de éstos, la vigencia y los requisitos de los certificados que expiden, así como la sanción por el incumplimiento de las obligaciones impuestas a los mismos en este ordenamiento y por otro lado la Secretaria de Economía como autoridad certificadora.

Con lo que respecta a los prestadores de servicios de certificación, en el artículo 100 del ordenamiento en cita se establece quienes pueden ser entidades de certificación de la siguiente manera:

“Podrán ser prestadores de servicios de certificación, previa acreditación ante la Secretaria de Economía:

- I.- Los notarios públicos y corredores públicos
- II.- Las personas morales de carácter privado y
- III.- Las instituciones publicas conforma a las leyes que les son aplicables...”

Cuando los prestadores de servicios de certificación, sean personas morales de carácter privado tal como lo establece la fracción II del artículo anteriormente citado, deberán contener en su objeto social las actividades de verificar la

identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica, comprobar la integridad y suficiencia del mensaje de datos del solicitante y verificar la firma electrónica de quien realiza la verificación, llevar a cabo los registros de los elementos de identificación de los firmantes y de aquella información con la que haya verificado el cumplimiento de fiabilidad de las firmas electrónicas avanzadas y emitir el certificado correspondiente, además de que en las otras actividades especificadas en el mismo objeto social del acta constitutiva no sean incompatibles o contravengan a las anteriores.

Las responsabilidades de las entidades prestadoras de servicios de certificación deberán estipularse en el contrato con los firmantes, esto, conforme a la autonomía de la voluntad, sin embargo, los prestadores de servicios de certificación deben cumplir con las siguientes obligaciones establecidas en el artículo 104 del ordenamiento en comento:

I.- Comprobar por si o por medio de una persona física o moral que actúe en nombre y por cuenta suyos, la identidad de los solicitantes y cualesquiera circunstancia pertinentes para la emisión de los certificados utilizando cualquiera de los medios admitidos en derecho, siempre y cuando sean previamente notificados al solicitante.

II.- Poner a disposición del firmante los dispositivos de generación de los datos de creación y de verificación de la firma electrónica.

III.- Informar antes de la emisión de un certificado, a la persona que solicite sus servicios de su precio, de las condiciones precisas para la utilización del certificado, de sus limitaciones de uso y, en su caso de la forma en que garantiza su posible responsabilidad.

IV.- Mantener un registro de certificados, en el que quedara constancia de los emitidos y figurara las circunstancias que afecten a la suspensión, pérdida o terminación de vigencia de sus efectos. A dicho registro podrá accederse por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y su contenido público estará a disposición de las personas que lo soliciten, el contenido privado estará a disposición del destinatario y de las personas que lo soliciten cuando así lo autorice el firmante, así como en los caso a que se refieran las reglas generales al efecto establezca la Secretaría de Economía.

V. Guardar confidencialidad respecto a la información que haya recibido para la prestación del servicio de certificación.

VI. En el caso de cesar en su actividad los prestadores de servicios de certificación deberán comunicarlo a la Secretaría de Economía a fin de determinar, conforme a lo establecido en las reglas generales expedidas, el destino que se dará a sus registros y archivos.

VII. Asegurar las medidas para evitar la alteración de los certificados y mantener la confidencialidad de los datos en el proceso de generación de los datos de creación de la firma electrónica.

VIII. Establecer declaraciones sobre sus normas y prácticas las cuales harán del conocimiento del usuario y el destinatario.

IX. Proporcionar medios de acceso que permitan a la parte que confía en el certificado determinar:

- a) La identidad del prestador de servicios de certificación.
- b) Que el firmante nombrado en el certificado, tenía bajo su control el dispositivo y los datos de creación de la firma en el momento en que se expidió el certificado.
- c) Que los datos de creación de la firma eran válidos en la fecha en que se expidió el certificado.
- d) El método utilizado para identificar al firmante.
- e) Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado.
- f) Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada por el prestador de servicios de certificación.
- g) Si existe un medio para que el firmante dé aviso al prestador de servicios de certificación de que los datos de creación de la firma han sido de alguna manera controvertidos, y
- h) Si se ofrece un servicio de determinación de vigilancia del certificado.

La Secretaría de Economía coordinará y actuará como autoridad certificadora y registradora, respecto de los prestadores de servicios de certificación, previstos en este capítulo.

Para la prestación de servicios de certificación, las instituciones financieras y las empresas que les prestan servicios auxiliares o complementarios relacionados con transferencias de fondos o valores, se sujetarán a las leyes que las regulan.

Los certificados expedidos por las autoridades de certificación deben reunir los requisitos establecidos en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, siendo éstos los siguientes:

Artículo 108.- Los certificados, para ser considerados válidos, deberán contener:

- I. La indicación de que se expiden como tales.
- II. El código de identificación único del certificado.

- III. La identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado, razón social, su domicilio, dirección de correo electrónico, en su caso, y los datos de acreditación ante la Secretaría de Economía.
- IV. Nombre del titular del certificado.
- V. Periodo de vigencia del certificado.
- VI. La fecha y hora de la emisión, suspensión, y renovación del certificado.
- VII. El alcance de las responsabilidades que asume el prestador de servicios de certificación, y
- VIII. La referencia de la tecnología empleada para la creación de la firma electrónica.

La vigencia del certificado es de dos años contados a partir de la fecha en que se expidió, tal como lo establece el artículo 109 del mismo ordenamiento.

El prestador de servicios de certificación que incumpla con las obligaciones que enunciamos con anterioridad, podrá ser sancionado por la Secretaría de Economía con suspensión temporal o definitiva de sus funciones, tomando en cuenta la gravedad de la situación y reincidencia, previa garantía de audiencia, y mediante resolución debidamente fundada y motivada, esto, a través de un procedimiento conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Otro punto importante en las reformas a este ordenamiento consistió en establecer la necesaria regulación del registro publico mercantil según las nuevas tecnologías electrónicas, éste registro opera con programas informáticos y base de datos centralizada e interconectada con otras bases de datos en las entidades federativas, comprende la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión registral necesaria, la cual desde luego cuenta con un respaldo electrónico, todo ello propiedad del gobierno federal, estableciéndose las atribuciones de los responsables de las oficinas del registro en el artículo 20 bis.

Se establece el folio electrónico por cada comerciante y sociedad mercantil y se regula el procedimiento para la inscripción legal de los actos; es importante precisar en este punto el reconocimiento de la firma electrónica del registrador para la generación del folio mercantil respectivo, así como de la boleta de inscripción, este documento puede ser entregado en forma física o en forma electrónica.

Ahora bien, conviene apuntar que para tener la calidad de inscribible en el registro publico de comercio, los actos deben satisfacer los requisitos del artículo 25 del Código enunciado que a la letra dice:

“Los actos que conforme a este Código u otras leyes deban inscribirse en el Registro Público de Comercio deberán constar en :

- I.- Instrumentos públicos otorgados ante notario o corredor publico.
- II.- Resoluciones y providencias judiciales o administrativas certificadas.
- III.- Documentos privados ratificados ante notario o corredor publico, o autoridad judicial competente, según corresponda, o
- IV.- Los demás documentos que de conformidad con otras leyes así lo prevean.

Se regulan los medios de identificación respectivos y se permite la firma electrónica, así como el envío de información por este medio, con el correspondiente acuse de recibo.

En el aspecto procesal, se admiten como medios de prueba no solo los documentos públicos o privados de que trataban en el artículo 1205, sino también el concepto “mensaje e datos”.

Por su parte el nuevo artículo 1298-A señala que:

“se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes se estimara primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada”.

6. Ley de Instituciones de Crédito

Por su parte éste ordenamiento, regula y reconoce los contratos entre Instituciones de crédito y personas físicas o morales celebrados a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, respecto de las operaciones y servicios que ofrecen éstas, y a su vez, el establecimiento en los mismos, de las bases para determinar las operaciones y servicios sobre los que versa el contrato, los medios de identificación del usuario, las responsabilidades correspondientes y los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las

operaciones y servicios de que se trate, tal como lo establece el artículo 52 de éste ordenamiento que a la letra dice:

“Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público mediante el uso de equipos, medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sistemas automatizados de procedimientos de datos y redes de telecomunicaciones ya sean privados o públicos, y establecerán en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:

- I. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte.
- II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y
- III. Los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate...”

Es preciso señalar que en éste mismo artículo se establecen una serie de medidas de seguridad en la contratación respecto de las operaciones y servicios que ofrecen las Instituciones de crédito a fin de evitar ser sorprendidos por la ciberdelincuencia a que se hizo mención en el capítulo anterior del presente trabajo de investigación y asimismo dar vista a la autoridad competente sobre probables hechos ilícitos cometidos en virtud de la operación o servicio pactado en el contrato. Al efecto se establece que las Instituciones de crédito, podrán suspender o cancelar el trámite de operaciones que la persona física o moral pretenda realizar mediante el uso de equipos o medios electrónicos, siempre y cuando dicha Institución de crédito, cuente con elementos suficientes para presumir que los medios de identificación pactados para tal efecto han sido utilizados en forma indebida, o bien, se detecte un error en alguna instrucción expresa del contrato, esto, previa notificación personal al cliente o usuario ya sea en las oficinas de las autoridades financieras, en el domicilio del interesado o de su representante; mediante oficio entregado por mensajero o por correo certificado, por edictos o por medio electrónicos. Si la notificación es a través de medios electrónicos se requiere que el interesado o su representante así lo hayan aceptado o solicitado expresamente o por escrito a las autoridades financieras o así se haya pactado en el propio contrato.

En el aspecto procesal el uso de los medios de identificación que establezcan por una parte la Institución de crédito y por la otra la persona física y/o moral en la contratación de operaciones y servicios, en sustitución de la firma autógrafa producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 del ordenamiento en comento.

Por otro lado los artículos 112 Quáter y 113 fracción VII establecen sanciones privativas de la libertad en los siguientes términos:

“Serán sancionados de tres a nueve años y de treinta mil a trescientos mil días de multa al que sin causa legítima o sin consentimiento de quien este facultado para ello:

- I. Acceda a los equipos o medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología del sistema bancario mexicano, para obtener recursos económicos, in formación confidencial o reservada, o
- II. Altere o modifique el mecanismo de funcionamiento de los equipos o medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología para la disposición de efectivo de los usuarios del sistema bancario mexicano, para obtener recursos económicos, in formación confidencial o reservada”.

Artículo 113. Fracción VII “Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa de quinientos a cincuenta mil días de salario, los consejeros, funcionario o empleados de las instituciones de crédito o quienes intervengan directamente en el otorgamiento del crédito.

Que destruyan u ordenen que se destruyan total o parcialmente, información, documentos o archivos, incluso electrónicos, con el propósito de impedir u obstruir los actos de supervisión y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”.

C. Tribunales competentes para resolver controversias de comercio electrónico

Para comenzar a hablar de los tribunales competentes para resolver controversias del comercio electrónico, es necesario diferenciar la competencia de la jurisdicción.

La jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, la cual literalmente significa “decir o indicar el derecho”; es la función pública de impartir justicia conforme a derecho.

La palabra jurisdicción designa la naturaleza de la función propia del juzgador, del lugar, demarcación o ámbito territorial dentro del cual el juzgador puede ejercer validamente dicha función, en cambio, la competencia es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado dentro del cual éstos pueden ejercer validamente las funciones que les son propias.⁴⁰

La competencia es la suma de facultades que la ley otorga al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos, es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico, que es aquél específicamente asignado al conocimiento de determinados órganos jurisdiccionales, la competencia es una medida de jurisdicción, es un fragmento de jurisdicción atribuido a un juez, de tal forma que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer un determinado asunto.

De acuerdo a los principios para determinar la competencia de los tribunales a los que hace mención el maestro Ovalle Favela en su obra “Teoría General del Proceso”, por lo que hace a nuestro tema de investigación, y toda vez que el contrato electrónico surgió del comercio electrónico, diremos que los principios que rigen para la competencia del mismo serán:

- **POR MATERIA.-** Este criterio se basa en el contenido de las normas sustantivas que regulan el litigio o conflicto sometido al proceso, de tal suerte que serán competentes para conocer litigios o controversias del comercio electrónico de orden federal los jueces de distrito(en materia civil, en el primero, segundo, tercero y cuarto circuitos).

En el Distrito Federal serán competente los jueces civiles o los jueces de paz en materia civil según la cuantía del asunto.

- **POR CUANTIA.-** Este criterio se toma en virtud de la cantidad o valor pecuniario en el que se estima el litigio.

Los jueces de paz en materia civil conocen de los juicios que versen sobre la propiedad o demás derechos reales sobre inmuebles que tengan un valor hasta de \$60,000.00 (sesenta mil pesos 00/100 moneda nacional), así

⁴⁰ OVALLE, Favela José. Teoría General del proceso. Editorial Oxford University Press. Sexta edición. México 2005 p.p 110, 111.

como de los demás juicios cuyo valor no exceda de \$20,000.00 (veinte mil pesos 00/100 moneda nacional), cantidades que año con año son actualizadas por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal con base en el índice nacional de precios al consumidor que determine el Banco de México.

- **TERRITORIO.-** Para determinar la competencia por territorio es necesario entender que el territorio es el ámbito espacial dentro del cual el juzgador puede ejercer validamente su función jurisdiccional.

En el derecho procesal civil y el mercantil para conocer de las demandas sobre cumplimiento, rescisión o nulidad de contratos, excepto los de arrendamiento, es competente el juez del lugar designado por el deudor para ser requerido judicialmente de pago, el del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de las obligaciones o el del domicilio del demandado en ese orden, según sea el caso.

Luego entonces, al tribunal que resuelve el conflicto o litigio se le denomina tribunal de competencia y podrá llevar a cabo actos procesales, entendiéndose como tales, todos aquellos actos emanados de los agentes de la jurisdicción, que comprende no sólo a los jueces, sino también a sus colaboradores; la importancia de estos actos radica en que constituyen, normalmente, una manifestación de la función pública y se hayan denominados por los principios que regulan la producción de actos jurídicos de derecho público.

Al tribunal incumbe, fundamentalmente decidir el conflicto de intereses que le es sometido, pero no es esa su única actividad, ya que para llegar a la decisión es necesario llevar a cabo los siguientes actos para resolver el litigio o controversia:

- Actos de decisión.- Se entienden las providencias judiciales dirigidas a resolver el proceso, sus incidencias o asegurar el impulso procesal.
- Actos de comunicación.- Son aquellos dirigidos a notificar a las partes o a otras autoridades.

- Actos de documentación.- Son aquellos dirigidos a representar mediante documentos escritos, los actos procesales de las partes, del tribunal o de los terceros.⁴¹

D. Autoridades o entidades de certificación del contrato electrónico

Con una función similar a la de los notarios se han instituido bajo el modelo de la CNDUMI las entidades de certificación que son terceros que permiten reestablecer la confianza en las transacciones electrónicas ya que la desconfianza proviene usualmente del desconocimiento del sujeto con quien se negocia en la red.

La certificación por parte de un tercero de confianza o entidad de certificación sobre la identidad del firmante la reviste de una mayor certeza, similar a la de una firma que haya sido autenticada o ratificada ante notario.

En la práctica negocial estas organizaciones conocidas como entidades de certificación proveen de certificados que otorgan confiabilidad a los usuarios.

La expansión de estos procedimientos de adhesión voluntaria se produce habitualmente, en grupos cerrados o que reconocen algún límite en la negociación, por lo que es difícil lograr un reconocimiento generalizado de su actuación; Por esta razón, muchas legislaciones regulan un sistema institucional que requieren el registro público de éstas autoridades certificantes.

La identificación de los contratos y la coincidencia entre el mensaje emitido y el mensaje recibido en la contratación será garantizada por los certificados digitales emitidos por una entidad de certificación. La razón de ser de los servicios de certificación se encuentra en que cuando, quienes contratan por medios electrónicos están por lo general separados geográficamente, se pueden encontrar con problemas de identificación, el destinatario quiere saber que aquel que le remite el mensaje de datos efectivamente es quien lo envía, de esta forma la entidad prestadora de servicios de certificación es la encargada de garantizar el intercambio de mensajes a través de comunicaciones electrónicas o Internet, identifica y además garantiza la coincidencia entre el mensaje de oferta y el de aceptación lo que permitirá que se desarrolle e incremente su utilización. Uno de

⁴¹ J. COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial "IB de f". Cuarta Edición. Montevideo Buenos Aires 2002.166-168.

los componentes fundamentales de la seguridad es la confianza de quienes contratan que será generada por las entidades de certificación en el cumplimiento de sus funciones.

Se entiende por certificador a toda persona de existencia ideal que tiene a su cargo el registro publico de contratos o bien, el certificador puede ser un organismo publico que expide certificados o presta otros servicios en relación con la firma digital o electrónica y cuenta con una licencia para ello, otorgada por la autoridad de aplicación. Sus funciones son emitir certificados digitales de acuerdo con lo establecido en sus políticas de certificación, identificar inequívocamente los certificados digitales emitidos y mantener copia de todos ellos.⁴²

Las entidades de certificación verifican la identidad del emisor del mensaje de datos, y emiten un certificado digital, con la firma de la entidad de certificación para corroborar su autenticidad, el cual permitirá verificar que el originador del mensaje es quien afirma ser y por ende asumirá responsabilidad legal para tales actos.

La responsabilidad legal de las entidades de certificación esta vinculada a los amplios deberes establecidos por la Ley, lo cual las convierte en custodios de la información suministrada por los usuarios, además les obligan a implementar sistemas de seguridad adecuados para que los mecanismos de firmas digitales y/o electrónicas sean confiables.

La responsabilidad no solo recae en la entidad de certificación, también los suscriptores serán responsables por la falsedad, error u omisión en la información suministrada a la entidad de certificación y por el incumplimiento de sus deberes como suscriptor.

Las entidades o autoridades de certificación esta reguladas por el Código de Comercio en el Título Segundo denominado “Del comercio electrónico”, y según el artículo 89 debemos entender como prestador de servicios de certificación “la persona o institución publica que preste servicios relacionados con firmas electrónicas y que expide certificados”.

⁴² LORENZETTI, Ricardo. Comercio electrónico. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001p.86

Asimismo en el artículo 100 establece que quienes pueden ser prestadores de servicios de certificación, previa acreditación ante la Secretaría de Economía, son estos:

I.- Los notarios públicos y corredores.

II.- Las personas morales de carácter privado y

III.- Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables.

En el artículo citado también se establece que la facultad de expedir certificados no conlleva fe pública por sí misma, de esta manera, los notarios y corredores públicos podrán llevar a cabo certificados que impliquen o no fe pública, entendiendo esta como presunción de verdad, en documentos en papel, archivos electrónicos o en cualquier otro medio o sustancia en el que pueda incluirse información.

La Secretaría de Economía actuará como autoridad certificadora y registradora respecto de los prestadores de servicios de certificación según lo establecido por el ordenamiento antes citado, siendo ésta competente para sancionar a estas instituciones para el caso del incumplimiento de sus obligaciones a través de un procedimiento conforme a la Ley Federal de Administrativo.

Las entidades de certificación se convierten en terceros garantes de la autenticidad del documento electrónico y por ende en nuevos sujetos de la contratación electrónica que cumplen una función obligatoria, si los contratantes quieren simplificar los requisitos a la hora de comparecer ante los jueces en caso de discusión sobre la validez y eficacia de un contrato electrónico.

Sin embargo, no solo el Código regula las entidades de certificación sino también el Código fiscal de la Federación anteriormente estudiado (supra 4.) en el presente trabajo.

E. Protección a los contratantes por medios electrónicos

El comercio electrónico puede ofrecer a los consumidores múltiples y novedosos beneficios, tales como el acceso a una variada gama de bienes y servicios, sin embargo, debido a que la comunicación de los contratantes se da por medios

electrónicos, no existiendo nunca un trato directo entre ambos y a su vez las actividades realizadas por las empresas virtuales, se caracterizan por no tener ni necesitar un lugar físico o geográfico sino simplemente, un sitio en la web, y siendo el caso de que muchos de los bienes comercializados por este medio son intangibles, como servicios de viaje, compra de entradas para espectáculos, música, videos, servicios de información, entretenimiento, servicios financieros etc., ésto da lugar a una incertidumbre entre ambos, en otros casos las contrataciones que se realizan pueden involucrar personas físicas o morales ubicadas en distintos países, lo cual genera que las circunstancias que rodean este tipo de operaciones sean totalmente extrañas para los contratantes y que por tanto, desconozcan sus derechos y obligaciones como tales, a esto hay que sumar la ausencia de previsiones legales específicas que regulen y controlen la actividad contractual en las redes.

De esta manera, Se crea un escenario propicio para favorecer la comisión de actos ilícitos dolosos o culposos, tales como las estafas, los contratos abusivos por posiciones dominantes, la falta de solvencia económica para responder a las obligaciones contractuales, las prácticas comerciales deseables, la publicidad engañosa, etc. Luego entonces, para que el comercio electrónico se desarrolle, es necesario generar confianza en los actos realizados a través de medios electrónicos, pues la red de Internet, es una red abierta y esto genera inseguridad, en consecuencia es necesaria la protección a los contratantes por medios electrónicos, previniendo como decíamos conductas ilícitas o algún otro daño y/o perjuicio que esta modalidad contractual pueda llegar a generar, además de que, en aquellos casos en los que el contrato electrónico sea de adhesión, es necesaria la protección al contratante que se adhiera al mismo por ser la parte más débil en la negociación, ya que puede darse el caso de que el contrato contenga cláusulas perjudiciales o abusivas.

Por lo tanto es necesario que la contracción sobre bienes y servicios en la red de Internet, sea segura, confiable y certificable y que exista un adecuado control sobre la recolección y utilización de los datos personales de los contratantes a fin de que se verifiquen mecanismos apropiados de compensación por el daño en

caso de haberlo, esto, mediante la realización de operaciones globales que logren un equilibrio mixto de tecnologías seguras, legislación tributaria adecuada, normas contractuales claras y educación pública sobre las nuevas tecnologías.

Para que la contratación a través de Internet (u otra red) genere seguridad es necesario que la comunicación entre las partes, que se transfiere por correo electrónico, chat o cualquier otro medio señalado por las partes sea:

- a) Confidencial, a fin de evitar que un tercero acceda a la información enviada.
- b) Integra, a fin de evitar que durante o después de que se haya realizado la transacción, un tercero pueda modificar la información enviada sin que el destinatario lo advierta y que pueda ser reconstruida frente a terceros en el caso de conflicto.
- c) Auténtica a fin de que cada contratante tenga la certeza de que el otro es realmente quien dice ser, a fin de que las partes sean identificadas y autenticadas.
- d) Un referente temporal, para lo cual el documento debe ir fechado de modo fehaciente y seguro, y
- e) Una prueba de que se ha enviado la comunicación, cualquiera que esta sea, ya sea a través de un correo electrónico o cualquier otro medio que elijan las partes, para que en ese caso el remitente no puede negar haber enviado el mensaje a ese destino y el destinatario no puede negar haberlo recibido.

La herramienta básica para cumplir con estas condiciones son las técnicas criptográficas, en particular los mensajes cifrados, simétricos o asimétricos en los que cada parte tiene una clave pública y una privada.

Para evitar el cambio de identidades es necesario contar con una tercera parte confiable que acredite de forma fehaciente, cuál es la clave pública de cada persona o entidad, éste es la función básica de la autoridad o entidad de certificación y a su vez el certificado emitido por ésta, ya que contiene la identidad del usuario, su clave pública y período de validez, todo ello firmado digitalmente

con la clave privada certificada por la autoridad certificante, a fin de que no pueda ser falsificada.

Con lo que respecta al presente trabajo de investigación, consideramos que al contratante por Internet se le debe garantizar cuatro derechos básicos que son:

- 1.- El derecho a la seguridad.
- 2.- El derecho a ser informado.
- 3.- El derecho a elegir
- 4.- el derecho de confidencialidad, y
- 5.- El derecho a ser escuchado, asegurándole al comprador la responsabilidad civil del proveedor por los daños del producto defectuoso y los que serán resarcibles.

En la contratación electrónica, las partes deben poner a disposición una de la otra, información veraz, eficaz y suficiente sobre productos y servicios ofrecidos, en la red o cualquiera que sea la oferta objeto del contrato, garantizando el equilibrio de las contraprestaciones de las partes, evitando las cláusulas abusivas y cumplir las exigencias normativas contempladas en la contratación a distancia.

Debe imperar la buena fe en la publicidad en las practicas de contratación. La parte oferente debe presentar información relacionada con su oferta de bienes, productos, servicios o cualquiera que sea ésta, tal como los términos, condiciones y costos de la transacción, el monto total de la transacción expresado en forma detallada, la advertencia de si existen costos accesorios, las condiciones de entrega del producto, las condiciones y métodos de pago, la disponibilidad o no de servicios posventa y las instrucciones para el uso adecuado del producto, entre otras, misma que debe estar expresada en forma clara y sencilla.

La seguridad es un tema de gran importancia desde el punto de vista de la garantía jurídica en la formación de los contratos, y de esta manera los peligros que se encuentran latentes en las redes abiertas de Internet, trajeron aparejado el desarrollo de una serie de mecanismos para restringir el acceso a los sistemas y garantizar que solo las personas autorizadas pueden acceder a ellos.

Los mecanismos para garantizar la seguridad del usuario tienen como fin identificar con exactitud a la persona que esta ingresando al sistema. Por otro

lado, los que se preocupan por la seguridad del servidor buscan prevenir que sus sistemas sean atacados externa o internamente.

Los principales mecanismos de seguridad basados en el usuario son los siguientes:

a) Certificados digitales: Estos son certificados, emitidos por autoridades de certificación, garantizan la identidad de la persona y certifican que mediante determinada firma digital, esa persona esta manifestando su voluntad.

b) Tarjetas inteligentes: Estas tarjetas le permiten a su poseedor acceder a cierta información. En un sistema informático podrían utilizarse estas tarjetas para ingresar al sistema o para acceder a ciertas secciones confidenciales.

Hay tres tipos de tarjetas inteligentes:

1) De contacto: Estas necesitan ser insertadas en un lector.

2) Sin contacto: Basta con acercarlas al lector para que intercambien datos y

3) Combinadas: Estas agrupan las funciones de las tarjetas con o sin contacto.

c) Identidad biométrica: Este método de identificación automática de personas se basa en características físicas o en comportamientos personales. Este sistema puede utilizar huellas dactilares, escanear retinas etc. Y, si bien es cierto, confiere un mayor grado de confiabilidad, aunque todavía no ha sido muy utilizado.

Por otro lado, los principales mecanismo de seguridad basados en el servidor son los siguientes:

a) *Firewall*: Estos sistemas protegen redes confiables que implican diferentes riesgos. De esta manera, se impide el acceso a ciertos sistemas que están conectados en Internet, de esta forma, existe la posibilidad de especificar de donde provienen los usuarios y que servicios se permite ver al cliente. También el servidor puede optar por la utilización de un *proxy* o un *firewall* de capas múltiples.

b) Protección del servidor: Es necesario vigilar que los *hackers* no invadan o tengan acceso a información confidencial, por lo que será necesario efectuar

copias de seguridad de los archivos de registro y asegurarse de que los servicios y aplicaciones se generan correctamente.

c)Protección contra ataques desde el interior: También se debe proteger al sistema frente a los ataques internos, sobre todo por empleados que utilizan la contraseña raíz, ocasionando daños directos o alteando la seguridad. Esto se puede evitar mediante un control de autorizaciones a nivel interno.⁴³

Los puntos mas importantes que consideramos dentro de la protección de los contratantes y en general del consumidor de medios electrónicos y la red de Internet son los siguientes:

- Contratación en entornos digitales.
- Protección de la privacidad.
- Firma digital y encriptación.
- Estafas y defraudaciones en línea.
- Mecanismos indemnizatorios.
- Educación al consumidor.
- Protección contra publicidad engañosa.

F. Instituciones competentes para conocer controversias sobre contratación electrónica

México es el segundo país latinoamericano con una Ley Federal de Protección al Consumidor y el primero en crear una Procuraduría. El 5 de febrero de 1976, la Ley Federal de Protección al Consumidor enriquece los derechos sociales del pueblo mexicano, que por primera vez establece derechos para la población consumidora y crea un organismo especializado en la procuración de justicia en la esfera del consumo. Nacen así el Instituto Nacional del Consumidor y la Procuraduría Federal del Consumidor, ésta como organismo descentralizado de

⁴³ SIMON, Hocsman Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005. p.p. 244,245

servicio social, personalidad jurídica y patrimonio propio con funciones de autoridad administrativa encargada de promover y proteger los intereses del público consumidor.

La Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) tiene como misión promover y proteger los derechos del consumidor, fomentar el consumo inteligente y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, a través de la realización de objetivos como son:

- Proteger y promover los derechos del consumidor.
- Fomentar una cultura de consumo inteligente.
- Procurar la equidad en las relaciones de consumo.
- Procurar la seguridad jurídica en las relaciones de consumo.

Tiene funciones de autoridad administrativa, su funcionamiento se rige por la Ley Federal de Protección al consumidor, por los reglamentos de ésta y su estatuto.

Las atribuciones de la PROFECO se encuentran establecidas en el artículo 24 de su ley, entre las que están promover y proteger los derechos del consumidor, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores; Procurar y representar los intereses de los consumidores, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan; Representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores; Registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan la normatividad aplicable, y organizar y llevar el Registro Público de contratos de adhesión; Procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores y, en su caso, emitir dictámenes en donde se cuantifiquen las obligaciones contractuales del proveedor, conforme a los procedimientos establecidos en esta ley; Denunciar ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos y que sean de su conocimiento y, ante las autoridades competentes, los actos que constituyan violaciones administrativas

que afecten los intereses de los consumidores y las demás que se señalan en el propio artículo.

Con lo que respecta a la contratación por medios electrónicos la Ley Federal de Protección al Consumidor en su capítulo VIII Bis denominado “De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”, regula las relaciones entre proveedores y consumidores, realizadas por éstos medios y reconoce el derecho de confidencialidad y de información del consumidor, como medidas de protección a los contratantes por medios electrónicos, a los que se denominan proveedor y consumidor, respectivamente.

El derecho de confidencialidad versa sobre la obligación del proveedor de utilizar la información proporcionada por el consumidor en forma secreta, por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente. Por su parte el derecho de información se refiere a que el proveedor debe utilizar alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos, y deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones, ya que el consumidor tiene derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.

Por otro lado la Ley Federal de Protección al Consumidor regula los contratos de adhesión, señalando en el artículo 85 que:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato...”

De igual forma se establece en el mismo artículo que el contrato de adhesión 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 la ley en comento.

Los contratos de adhesión deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos, además de señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría, cuando éstos estén sujetos a registro según lo establecido por la ley en cita.

En el artículo 86 TER se señalan los privilegios o prerrogativas de las que goza el consumidor que a la letra dice:

“En los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas:

- I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico;
- II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija;
- III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor sólo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y
- IV. Las demás prerrogativas que señalen ésta y otras leyes o reglamentos.

El consumidor gozará de las anteriores prerrogativas aun cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausulado del contrato de adhesión de que se trate”.

De igual forma en el artículo 90 se establecen las limitantes por lo que hace a las cláusulas de los contratos de adhesión, impidiendo su inscripción en el registro en los siguientes casos:

- “... I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;
- III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;

- IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;
- V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y
- VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

Después de lo antes precisado, es menester señalar que la Profeco es una Institución competente para resolver controversias de contratación electrónica, como bien lo menciona la ley Federal de Protección al Consumidor, entre proveedores y consumidores, toda vez que las relaciones entre éstos versan sobre la contratación de un bien o servicio, regulando a su vez las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Los mecanismos a través de los cuales ésta Institución busca dirimir o resolver las controversias arriba enunciadas son los siguientes:

1.- La queja

Al efecto la Ley Federal de Protección al Consumidor establece en el artículo 99:

“La Procuraduría recibirá las quejas o reclamaciones de los consumidores con base en esta ley, las cuales podrán presentarse en forma escrita, oral, telefónica, electrónica o por cualquier otro medio idóneo cumpliendo con los siguientes requisitos:

- I. - Señalar nombre y domicilio del reclamante;
- II. - Descripción del bien o servicio que se reclama y relación sucinta de los hechos; y
- III.- Señalar nombre y domicilio del proveedor que se contenga en el comprobante o recibo que ampare la operación materia de la reclamación o, en su defecto, el que proporcione el reclamante, y
- IV.- Señalar el lugar o forma en que solicita se desahogue su reclamación...”

Una vez interpuesta la queja la Procuraduría notificará al proveedor dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción y registro de la reclamación, requiriéndole un informe por escrito relacionado con los hechos, acompañado de un extracto del mismo, para lo cual podrá solicitar el auxilio de las autoridades federales, estatales, municipales o del Distrito Federal, a fin de que le

proporcionen los datos necesarios para identificar y localizar al proveedor, mismas que deberán contestar la solicitud dentro de los quince días siguientes a la fecha de su presentación y para el caso de que el destinatario no hubiere señalado domicilio para oír y recibir notificaciones o lo hubiere cambiado sin haber avisado a la Procuraduría, ésta podrá notificarlo por estrados.

El término para presentar la queja o reclamación es de un año, de acuerdo a lo establecido en el artículo 105 del multicitado ordenamiento en cualquiera de los siguientes supuestos:

I.- Tratándose de enajenación de bienes o prestación de servicios.

- a) A partir de que se expida el comprobante que ampare el precio o la contraprestación pactada;
- b) A partir de que se pague el bien o sea exigible el servicio, total o parcialmente;
- c) A partir de que se reciba el bien, o se preste el servicio, o
- d) A partir de la última fecha en que el consumidor acredite haber directamente requerido al proveedor el cumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas por éste

II. Tratándose del otorgamiento del uso o goce temporal de bienes:

- a) A partir de que se expida el recibo a favor del que disfruta del uso o goce temporal; o
- b) A partir de que se cumpla efectivamente la contraprestación pactada en favor del que otorga el uso o goce temporal”.

Los requisitos para presentar quejas son:

- Nombre y domicilio del consumidor.
- Nombre y domicilio del proveedor que aparece en el contrato, comprobante o recibo. En caso de no aparecer en ninguno de estos documentos, señalar el lugar donde puede ser localizado.
- Descripción del bien o servicio que se reclama y la narración de los hechos que dieron lugar a la queja.

2.- La conciliación

A través de este mecanismo, la Profeco, a través de un agente competente busca dar solución a la controversia ya sea a través de una llamada telefónica o una visita domiciliaria, y de ser infructuosas estas acciones se da cita a la parte afectada y al proveedor en la Delegación de la misma Institución a fin de que en

forma amistosa, se encuentre la mejor solución, para lo cual la Procuraduría señalará día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación en la que se procurará llegar a un acuerdo conforme a los intereses de las partes, la cual deberá tener lugar, por lo menos, cuatro días después de la fecha de notificación de la reclamación al proveedor. En caso de que el proveedor no se presente a la audiencia o no rinda informe relacionado con los hechos, se le impondrá una medida de apremio, de acuerdo con la ley en cita y se citará a una segunda audiencia, en un plazo no mayor de 10 días, y en caso de no asistir a ésta se le impondrá una nueva medida de apremio y se tendrá por presuntamente cierto lo manifestado por el reclamante, en entero perjuicio del proveedor.

A su vez, en caso de que el reclamante no acuda a la audiencia de conciliación y no presente dentro de los siguientes 10 días justificación fehaciente de su inasistencia, como lo establece éste ordenamiento, se tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante la Procuraduría por los mismo hechos. La conciliación puede celebrarse por vía telefónica o por otro medio idóneo; en tal caso, las partes podrán solicitar que se confirmen por escrito los compromisos adquiridos.

Una vez que las partes acrediten la personalidad con la que se ostentan y la relación contractual que las une ante el conciliador, éste expondrá a las partes un resumen de la reclamación y del informe presentado, señalando los elementos comunes y los puntos de controversia, y las exhortará para llegar a un arreglo presentándoles una o varias opciones de solución, salvaguardando los derechos del consumidor.

En caso de no haber conciliación, el conciliador exhortará a las partes para que designen como árbitro a la Procuraduría o a algún árbitro independiente para solucionar el conflicto. Para efectos de este último caso, la Procuraduría podrá poner a disposición de las partes información sobre árbitros independientes.

En caso de no aceptarse el arbitraje se dejarán a salvo los derechos de ambas partes. Los convenios aprobados y los laudos emitidos por la Procuraduría tienen fuerza de cosa juzgada y traen aparejada ejecución, lo que podrá promoverse ante

los tribunales competentes en la vía de apremio o en juicio ejecutivo, a elección del interesado.

Para la sustanciación del procedimiento de conciliación por parte de la Profeco se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

La Profeco, a través del Departamento de Conciliación a Residentes en el Extranjero (C.A.R.E.) protege los derechos de los consumidores y contratantes por medios electrónicos aún cuando éstos vivan fuera de la República Mexicana. De tal modo que independientemente de la nacionalidad, si se adquirió algún bien o se contrato un servicio de un proveedor establecido en México y existe incumplimiento y controversia de tales actos, la Profeco tiene facultades para actuar como arbitro a fin de dar solución.

Para iniciar un procedimiento conciliatorio, C.A.R.E. debe analizar la documentación presentada por el consumidor interesado en la que se demuestre los motivos de reclamación. Para lo cual, se necesita presentar lo siguiente:

1. Carta explicativa de queja que contenga los siguientes datos:

- Nombre, domicilio, número telefónico y correo electrónico del afectado.
- Nombre y domicilio del proveedor o prestador del servicio tal como aparece en el comprobante en el recibo expedido.
- Descripción del motivo de la reclamación, incluyendo el bien o servicio que se reclama, relatando clara y brevemente los hechos ocurridos, la fecha de compra o contratación, el precio total del bien o servicio y, si es el caso, el monto que se reclama.
- Completar el formato de presentación de queja.
- Copia de tu identificación oficial y comprobante domiciliario.
- Copia de recibos, facturas y contratos que amparen el bien adquirido o servicio contratado.
- Copia de todos los documentos adicionales que puedan contribuir a la reclamación.

3.- El arbitraje

La Profeco puede intervenir como un árbitro para resolver controversias de contratación electrónica, por la sola voluntad de las partes sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previos, o bien, cuando de común acuerdo el proveedor y la parte afectada le soliciten a dicha Institución que actúe como arbitro, por no haber llegado a un acuerdo en la conciliación, observando siempre los principios de legalidad, equidad y de igualdad entre las partes. Una vez iniciado el arbitraje, en cualquier momento el proveedor y la parte afectada podrán concluirlo a través del arreglo que más les convenga y a su vez, la Profeco vigilará que dicho arreglo se cumpla.

La designación de árbitro se hará constar mediante acta ante la Procuraduría, en la que se señalarán claramente los puntos esenciales de la controversia y si el arbitraje es en estricto derecho o en amigable composición. En la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y el árbitro tendrá libertad para resolver discrecionalmente conforme a su conciencia y la buena fe, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento, para lo cual el árbitro tendrá la facultad de allegarse todos los elementos que juzgue necesarios para resolver las cuestiones que se le haya planteado.

En el juicio arbitral de estricto derecho las partes formularán un compromiso en el que fijarán las reglas del procedimiento, acordes con los principios de legalidad; equidad e igualdad, en el caso de que las partes no las propongan o no se hayan puesto de acuerdo, el árbitro las establecerá.

El laudo arbitral emitido por la Procuraduría o por el árbitro designado por las partes deberá cumplimentarse o, en su caso, iniciar su cumplimentación dentro de los quince días siguientes a la fecha de su notificación, salvo pacto en contrario. Las resoluciones que se dicten durante el procedimiento arbitral admitirán como único recurso el de revocación, que deberá resolverse por el árbitro designado en un plazo no mayor de tres días.

Para este procedimiento se aplicará supletoriamente el Código de Comercio y a falta de disposición en dicho Código, el ordenamiento procesal civil local aplicable.

Profeco asesora a los consumidores y proveedores, dándoles a conocer de manera detallada los derechos y obligaciones con los que cuentan, así como la forma en que pueden ejercerlos y las consecuencias que se deriven del ejercicio de los mismos, de esta forma, cuando algún proveedor o prestador de servicios no respeta el precio, las cantidades, plazos, términos, entregas, condiciones, modalidades, características, garantías, intereses, y demás compromisos referentes a la operación celebrada en forma verbal o escrita, la parte contratante perjudicada, también denominada consumidor, puede ejercer cualquiera de las acciones anteriormente descritas, de tal forma que lo dicho en la publicidad o en los anuncios deberá ser veraz y comprobable, ya que de lo contrario, cuando ésta engaña, confunde o induce al error, se puede denunciar estas conductas ante esta Institución, a fin de que los proveedores corrijan o suspendan la publicidad engañosa o abusiva y, en su caso sean sancionados.

G. Órganos competentes del Estado para resolver controversias de contratación electrónica

Para comenzar a hablar de los órganos competentes del Estado para resolver controversias de contratación electrónica, empezaremos por precisar que el órgano u órganos del Estado que ejercen la función jurisdiccional se refieren al tribunal o juzgados, y por su parte el titular de éstos es el sujeto unipersonal o unitario, tal como son los magistrados o jueces.⁴⁴

El maestro Alcalá- Zamora, señala por “*juzgador*” en sentido genérico o abstracto debemos entender el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes.⁴⁵

La competencia del órgano jurisdiccional forma parte del derecho al juez natural, que reconoce tanto la Constitución como los convenios internacionales sobre

⁴⁴ OVALLE, Favela José. Teoría General del proceso. Editorial Oxford University Press. Sexta edición. México 2005. p.p. 211,212.

⁴⁵ ALCALÁ ZAMORA y Castillo Niceto. El antagonismo juzgador-partes: Situaciones intermedias y dudosas. “Estudios de Teoría e historia del proceso”. UNAM México. 1974.p. 247

derechos humanos. Es un presupuesto procesal, una condición esencial para que se pueda constituir y desarrollar validamente el proceso.

La competencia como ya lo precisamos anteriormente es la suma de facultades que la ley otorga al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos, es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico. La palabra tribunal se utiliza para designar tanto al órgano jurisdiccional, integrado normalmente por varios titulares, como al lugar donde se ejerce su función.

En México los órganos jurisdiccionales pueden ser de dos clases:

- 1) Unipersonales o unitarios: a los cuales se les denomina juzgados, y cuyo titular es un juez.
- 2) Pluripersonales o colegiados: los que reciben el nombre de tribunales y cuyos titulares son varios magistrados.

De acuerdo con el artículo 122 párrafo quinto de la Constitución Política, el Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura, con los demás órganos que establezca el Estatuto de Gobierno, ejercerán la función judicial en el Distrito Federal.

El Consejo de la Judicatura no ejerce regularmente función jurisdiccional, sino que se encarga de la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial del Distrito Federal. La única función del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal que se asemeja a la jurisdicción es la que ejerce para conocer y resolver las quejas que se presenten en contra de los servidores públicos de dicho poder, por actos que puedan concluir con la imposición de una sanción disciplinaria al servidor público responsable.

Los órganos jurisdiccionales ejercen actuaciones judiciales que son todos los actos procesales dentro de los que quedan comprendidas las resoluciones judiciales, las audiencias, los actos de ejecución y las comunicaciones procesales. La competencia de los órganos del Estado se determina conforme a los principios de materia, cuantía, territorio y grado a los que se hicieron referencia en el punto "C." Supra, del presente capítulo.

H. Propuesta para la elaboración de un formato uniforme de contratación electrónica

Desde que el espacio cibernético y las nuevas tecnologías como lo es la red de Internet, inciden en la vida del hombre, se vuelven objeto de regulación del derecho haciendo necesaria la imposición de ordenamientos y reglamentación aplicable a esta actividad para dar certeza y seguridad jurídica al individuo en su esfera jurídica; ya que como lo sabemos el derecho es un conjunto de normas que regula la conducta del hombre en sociedad y su relación o interacción de éste en la misma.

En cuanto el contrato electrónico celebrado a través de a la red de Internet y los nuevos medios electrónicos ópticos o de otra tecnología, cualquiera que sea su objeto, hemos visto que éste carece de un sustento material que es la firma autógrafa y el papel, luego entonces, estos contratos celebrados a través de medios electrónicos ópticos o de cualquier otra tecnología, deben revestir una formalidad en cuanto a la estructura del propio contrato, no obstante que en éste tipo de contratos, al igual que los contratos tradicionales impera la autonomía de la voluntad, de tal forma que en nuestra opinión es necesaria la imposición de determinadas obligaciones a los contratantes, con la finalidad de dar un mayor soporte para la exigibilidad en caso de incumplimiento del mismo.

Si bien es cierto, el Código Civil para el Distrito Federal reconoce la celebración de contratos a través de medios electrónicos o de cualquier otra tecnología en el artículo 1834 bis, ya que el artículo 1834 del mismo ordenamiento señala que:

“Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguno de ellas no puede o no sabe firmar lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmo”.

Y a su vez el artículo 1834 bis establece:

“Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta...”

Sin embargo como lo estudiamos en el capítulo segundo apartado 1 del presente trabajo de investigación nuestra legislación no señala ni establece ninguna

formalidad para la celebración de contratos celebrados por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología según se desprende del artículo 1832 que a la letra dice:

Artículo 1832.-“En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley.”

No obstante lo establecido en el artículo anterior, en nuestra opinión es de suma importancia que los contratos celebrados a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sean dirigidos a través de un formato uniforme para la contratación electrónica, en el que se establezcan determinadas obligaciones para los contratantes, entendidas como parte estructural en la forma de los mismos, suficientes para poder exigir judicialmente el cumplimiento de los éstos, otorgando a los contratantes mayor protección, certeza y seguridad jurídica.

Las obligaciones que proponemos se establezcan en la forma estructural de los contratos celebrados a través de medios electrónicos son las siguientes:

1. Proporcionar toda la información necesaria acerca de los datos de creación y registro de la firma electrónica con la que se ostenta, a fin de poder acreditar la personalidad de las partes.
2. Si alguna o ambas partes no cuentan con firma electrónica simple o avanzada, deberá estipularse un plazo para la creación de la misma ya sea ante el Servicio de Administración Tributaria como entidad de certificación a que se refiere el Código Fiscal de la Federación o ante cualquier otra autoridad o entidad de certificación, como una medida de seguridad certeza acerca de la otra parte contratante.
3. La obligación de las partes para que en un plazo estipulado por las mismas se cercioraren de la autenticidad de la firma electrónica con la que se ostentan según los datos proporcionados por ambas.
4. Proporcionar documentación veraz y fidedigna expedida electrónicamente o por escrito por el IFAI o PROFECO que contenga información acerca de la existencia de quejas interpuestas por incumplimiento de contrato en contra de la persona física o moral con la que se desea contratar.
5. La impresión del contrato electrónico, ya que los medios magnéticos y ópticos son vulnerables en cuanto a modificaciones y falsificaciones, y por lo general éstos contratos no son impresos sino solo se puede tener acceso a ellos para su consulta por los mismos medios de su creación.

Además, de que, en los casos en los que el contrato deba otorgarse ante un fedatario publico, deberá contener una cláusula expresa a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1834 bis que a la letra dice:

“En los casos que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario publico, este y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario publico, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conserva bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”.

Ya que generalmente la adquisición de bienes celebrados a través de la red de Internet se realiza mediante la modalidad de contratos de adhesión, éstos deben reunir una serie de requisitos de validez, por ejemplo debe poder demostrarse que el aceptante conocía y aceptó las cláusulas contractuales predispuestas, ya que éstas cláusulas predispuestas no siempre cuentan con redacciones claras o incluso puede llegar a violar disposiciones sobre protección al consumidor.

En este tipo de contratos se debe describir en forma clara y precisa el objeto, las páginas sobre las cuales se pacta, las condiciones de uso de éstas, así como las condiciones que regirán su acceso y los órganos o Instituciones competentes así como los mecanismos para resolver controversias sobre los mismos.

Por lo anteriormente expuesto el **FORMATO UNIFORME DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA** que proponemos sería el siguiente:

RUBRO

Debe indicarse:

- El tipo de contrato.
- El nombre completo de las partes contratantes y/o el de sus representantes legales.
- Lugar y fecha de celebración del contrato.

DECLARACIONES

Al igual que en los contratos tradicionales debe precisarse:

- I. El nombre completo y el carácter con el que se ostentarán las partes según el contrato.
- II. Datos generales de las partes, tales como nombre, edad, nacionalidad, domicilio, estado civil, registro federal de contribuyentes o clave única de registro de población (CURP). Lo anterior cuando se trate de personas físicas.
- III. Si alguna o ambas partes fueren personas morales, deberán proporcionar los datos del instrumento notarial con el que se acredita su legal constitución y enunciar de forma general su objeto social.
- IV. El nombre de sus representantes legales así como los datos del instrumento notarial, con el que se acreditan sus facultades y la personalidad con la que se ostentan, para la celebración del contrato.
- V. Datos de creación y registro de la firma electrónica con la que se ostentan.
- VI. El domicilio de las partes para oír y recibir todo tipo de notificaciones, documentos y valores.
- VII. Debe expresarse su libre voluntad para la celebración de dicho acto.

CLAUSULAS

Las partes conforme a la autonomía de la voluntad, se obligarán según sus intereses y conforme a la naturaleza del contrato que pretenden, a lo que convengan, tomando en consideración que tal como lo expresa el artículo 1839 del Código Civil para el Distrito Federal "...las cláusulas que se refieren a los requisitos esenciales del contrato o sean de su consecuencia ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen..." , de tal suerte que en el contrato podrán señalarse los derechos y las obligaciones que más convengan a los contratantes, según sus acuerdos.

Sin embargo, la propuesta del presente trabajo de investigación es la inclusión de las siguientes obligaciones a cargo de ambas partes:

- Si alguna o ambas partes no cuentan con firma electrónica, debe estipularse un plazo para la creación de la misma ya sea ante el Servicio de Administración Tributaria como entidad de certificación a que se refiere el Código Fiscal de la Federación o ante cualquier otra autoridad o entidad de certificación y en el momento oportuno cumplir con la declaración marcada con el número V de éste formato.

- La obligación de las partes para que en un plazo estipulado por las mismas se cercioraren de la autenticidad de la firma electrónica con la que se ostentan según los datos proporcionados por ambas.
- Proporcionar documentación veraz y fidedigna expedida electrónicamente o por escrito por el IFAI o PROFECO que contenga información acerca de la existencia de quejas interpuestas por incumplimiento de contrato en contra de la persona física o moral con la que se desea contratar.
- La impresión del contrato electrónico, ya que los medios magnéticos y ópticos son vulnerables en cuanto a modificaciones y falsificaciones, y por lo general éstos contratos no son impresos sino solo se puede tener acceso a ellos para su consulta por los mismos medios de su creación.

DERECHO Y LEGISLACIÓN APLICABLE

- Las leyes y tribunales competentes a las que se someten las partes para todos los efectos del contrato.

En cuanto al orden, redacción y alcance legal de las obligaciones antes propuestas, se dejan al arbitrio de las partes contratantes a su entero perjuicio, esto con fundamento en el respeto al principio de la autonomía de la voluntad que rige los contratos.

CAPITULO CUARTO.- El contrato electrónico en el ámbito internacional privado

El desarrollo de las comunicaciones y las necesidades del comercio internacional son factores que, entre otros, han provocado un acercamiento, una intercomunicación e interacción cada vez mas grande, entre personas físicas y morales, pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, esto gracias a los nuevos avances tecnológicos como es la red de Internet, a través de la cual pueden contratarse bienes y servicios de cualquier parte del mundo, sin embargo, estas actividades no se limitan únicamente a la contratación sino que van mas allá pudiendo ser de tipo político jurídico, social, cultural etc., lo que constantemente rebasa fronteras.

Jurídicamente este hecho adquiere gran importancia en el sentido de que, una relación jurídica, un acto o un hecho jurídico podrá estar vinculado con varios ordenamiento jurídicos a la vez, por lo que es necesario conocer las normas y principios que servirán para determinar la ley aplicable a un contrato de tipo electrónico así como el juez competente para conocer de controversias sobre el mismo, es por eso que hemos incluido en el presente trabajo de investigación estás normas y principios a que hacemos referencia de la siguiente manera:

A. Normas conflictuales del Derecho Internacional Privado

El método conflictual tradicional es un procedimiento con el que de manera indirecta se trata de solucionar un problema derivado del trafico jurídico internacional o interestatal en el ámbito nacional con la aplicación del derecho que dará la respuesta directa, cada sistema jurídico positivo posee una serie de normas cuya función y objeto inmediato son posibilitar la aplicación de ese derecho que da la respuesta directa, tales normas han sido denominadas por la doctrina como reglas o normas de conflicto.⁴⁶

Las normas conflictuales son aplicables para determinar qué norma jurídica extranjera será la que nos proporcione la solución directa ante una controversia

⁴⁶ PEREZNIETO, Castro Leonel. Derecho Internacional Privado Parte general. Editorial Oxford University Press. Octava Edición. México 2003. p.p 131

derivada del tráfico jurídico internacional, estas normas provocan que se recurra a otra norma. Pueden ser un buen medio para conciliar las diferencias presentadas por la diversidad del sistema jurídico existentes, mediante la aplicación de normas jurídicas extranjeras.

Las normas conflictuales tienen como función u objeto permitir de manera indirecta o mediata la aplicación de normas sustantivas, ya sean del mismo sistema o de un sistema diferente que directamente regulan determinadas conductas y tienden a posibilitar la convivencia humana, en la medida que establecen un mínimo de seguridad, certeza, igualdad y libertad.

Hans Lewald, autor alemán propuso una clasificación de normas conflictuales, según la cual primero se debe analizar si los hechos que configuran cierta relación son susceptibles de producir efectos jurídicos, para enseguida saber cuales son sus consecuencias jurídicas, es decir, se debe saber si los hechos constitutivos de cierta relación tienen o no valor jurídico y de ser positiva la respuesta, conocer el derecho aplicable a las consecuencias de esa relación. De esta forma las normas conflictuales se encuentran en tres categorías:

- 1) Las que designan la norma que rige las condiciones constitutivas de una relación.
- 2) Las que designan la norma que debe regir los efectos o las consecuencias de esa relación, y
- 3) Las que designan al mismo tiempo las normas que rigen tanto las condiciones constitutivas como los efectos.⁴⁷

Ahora bien, las normas conflictuales operan con base en un medio técnico que sirve para designar la norma sustantiva aplicable, el cual se denomina “punto de conexión o punto de contacto”, que es un elemento jurídicamente relevante que permite vincular una situación con un determinado orden jurídico, o dicho de otra forma es la relación que las personas, las cosas o los actos tienen con determinado sistema jurídico, se trata de elementos y/o conceptos jurídicos circunstanciales, tales como el lugar de celebración o ejecución de un acto

⁴⁷ ARELLANO, García Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa. México 1974.p. 95

jurídico, el lugar donde se encuentra un bien inmueble etc. Estos elementos servirán de guía para saber con que sistema jurídico y con que norma se encuentra vinculada cierta persona o relación, a fin de identificar la norma aplicable.

Por lo que hace a la contratación electrónica las normas conflictuales a través de los puntos de contacto, nos ayudara a determinar cuál es la ley sustantiva aplicable, también llamado punto de contacto, ya que un contrato en el ámbito internacional puede haber sido celebrado en un lugar que no tenga alguna relación con las partes, o bien, que existan varios lugares de ejecución respecto del mismo.

**b.
Privado**

Normas materiales del derecho Internacional

Mediante éste método se intenta resolver de manera directa un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación de ciertas normas del sistema que por su naturaleza tienen vocación internacional, y que a su vez excluyen cualquier otro recurso.

Para entender las normas materiales es necesario precisar que existe la posibilidad legislativa nacional para resolver cuestiones derivadas del tráfico jurídico internacional, que el medio que se ha de utilizar guarda relación con la naturaleza de la norma correspondiente y que un primer recurso podrá ser aplicar el derecho nacional y si el caso no puede resolverse de esta manera, seguidamente podrá recurrirse a una norma de conflicto.

Es la posibilidad de que el legislador nacional decida la regulación de un supuesto de naturaleza internacional a partir de su norma interna.

Si el legislador decide que la cuestión por resolverse sea regulada por su propio derecho o por un derecho aplicable distinto del suyo, expedirá una norma con características y naturaleza tales que permitan la opción decidida; si el legislador decide que no sea su norma nacional, elaborará una norma internacional material en cuya hipótesis se plantee la regulación de un supuesto internacional, y si en cambio, decide que no sea su norma interna material la que se aplique sino una

norma extranjera, entonces elaborara una norma interna conflictual que permita dicha aplicación.

La validez jurídica que la ley otorga a los acuerdos entre las partes, se refiere a una ley interna que eventualmente sea aplicable por un juez extranjero. Una ley interna en estas circunstancias, como ya lo mencionamos tiene vocación internacional en la medida que ha sido prevista por el legislador para regular los supuestos de hecho que se realicen en territorio de la Republica o tengan contacto con él, y los supuestos de hecho que las partes han decidido libremente que sean reguladas por la ley interna mexicana, aunque los supuestos de hecho se realicen en el extranjero, siendo el caso por ejemplo del lugar de entrega de la mercancía, lugar de la prestación de servicios, lugar de pago etc.

Las normas materiales significan la validación de un acto derivado del trafico jurídico internacional que puede ser considerada, por el autor, como la aplicación de una técnica distinta de la conflictual.

Las normas materiales en el plano interno son normas con vocación internacional que resuelven directamente el fondo de un asunto derivado del tráfico internacional y cuya solución, a diferencia de las normas de aplicación inmediata, no ésta condicionada por una obligatoriedad determinada, sino por razones de certeza o seguridad jurídicas, o bien por que la solución así haya sido planteada por el legislador nacional, pero que en todo caso, ya sea de parte del juez que la aplica o del legislador que la emite, hay una voluntad de coordinar su sistema jurídico con los demás. Las normas materiales pueden ser de origen interno o de origen internacional.

En el caso de las normas materiales de origen interno, es la adopción de un régimen jurídico material, directo, distinto y aun contrario al que el ordenamiento de foro tiene previsto para las relaciones y situaciones internas.

En el caso de las normas materiales de origen internacional, se trata de la normatividad que las partes han acordado que sea aplicada a sus convenios o contratos y que por la naturaleza internacional de éstos, pueda ser distinta o incluso contraria a las normas internas del derecho del juez del foro que deba

conocer de esos acuerdos, sin embargo la normatividad designada por las partes puede prevalecer.

c. Normas de aplicación inmediata del Derecho Internacional Privado

Este conjunto de normas son diferentes de las conflictuales, por su contenido y, en ciertas circunstancias, son aplicables por los tribunales de manera directa, se les considera de orden publico y ante la presencia de este tipo de normas no cabe otro recurso sino el de su aplicación inmediata.

Se trata de aquella norma o conjuntos de normas del propio sistema que los órganos del Estado encargados de crearlas consideran que involucran intereses que deben ser protegidos enérgicamente y, por tanto, no es posible sustituirlas.

Como consecuencia de la naturaleza de estas normas y por su aplicación directa, se excluye la posibilidad de acudir a otros métodos.

Francescakis afirma que, en ocasiones, la aplicación de leyes extranjeras puede resultar difícil, intolerable, o imposible, porque la propia organización del Estado no toleraría la intrusión de elementos heterogéneos. De esta manera, la efectiva aplicación de las leyes que reflejan dicha organización tiene que quedar necesariamente asegurada.”⁴⁸

De lo anterior se distinguen tres elementos que son las condiciones de aplicación, rechazo a la aplicación de normas jurídicas extranjeras y predominio de la organización estatal.

Existen ciertos problemas derivados del trafico jurídico internacional, que deben resolverse directamente mediante la aplicación de normas internas, sin la posibilidad de acudir a otro recurso, debido a que en cada sistema jurídico positivo hay una serie de normas cuya función u objeto se encuentran vinculados con cuestiones de organización estatal, interés general, colectivo o de protección a otros intereses, tales como es el derecho de familia, el derecho de sociedades etc., y se ha considerado que dichas normas deben aplicarse sin ser procedente otro recurso. La doctrina se refiere a estas normas como leyes de aplicación inmediata, leyes de aplicación necesaria o auto limitantes.

⁴⁸ FRANCESCAKIS, Pílon Ernst. Internationales privatrecht. Berlín 1935.

Luego entonces el método de aplicación inmediata es un procedimiento método complementario, en la medida en que el número de ese tipo de normas en el sistema es reducido.

Las normas de aplicación inmediata son normas en las que se reflejan determinadas políticas legislativas estatales con diferentes objetivos pero que, en todos los casos, son normas que deben ser aplicadas obligatoriamente y evitando, por tanto, cualquier otro método de aplicación del derecho extranjero o cualquier disposición voluntaria de los particulares sobre dichas normas. En algunos casos se otorga primacía a la organización financiera estatal sobre la relación jurídica internacional. Se trata de normas que deberán, según la voluntad del legislador, ser aplicadas inmediatamente, pues a posible consideración de un elemento extranjero puede afectar la organización estatal.

Ya que estas normas tienden a proteger cuestiones de organización estatal, interés general o colectivo o de protección a otros intereses, es obligatoria su aplicación pese a cualquier disposición voluntaria de los particulares, en materia contractual, por ejemplo, la Ley Federal de Protección al consumidor en el artículo 1º fracción III establece que en el caso de los consumidores, cualquier mercancía que ingrese en el país para ser consumida directamente debe traer información adecuada y clara sobre sus características, tales como son composición, calidad así como los riesgos que represente, de tal manera que esta disposición se aplicara de manera obligatoria a toda operación de compraventa internacional de mercaderías, no obstante, el costo que puede representar la reetiquetación de prendas de vestir, comestibles en general, mercancías al menudeo etc., esto independientemente de lo que hayan acordado las partes en el contrato.

D. Derecho uniforme

Mediante este método, a través de normas de derecho sustantivo comunes establecidas por un tratado, acuerdo internacional, una ley uniforme o guía legislativa se regulan las relaciones jurídicas que los particulares desarrollan en el ámbito internacional.

El derecho uniforme o derecho sustantivo en el ámbito internacional es un método complementario e importante para la solución de problemas que presenta el tráfico jurídico internacional, además, es uno de los métodos a los cuales el juez nacional recurre directamente para encontrar disposiciones de derecho sustantivo que pueden ayudarle a resolver las cuestiones que le plantean las transacciones comerciales internacionales.⁴⁹

A través del derecho uniforme es posible una armonización y unificación del derecho en el ámbito internacional, ya que los fenómenos que están vinculados con el comercio internacional en general y en algunos casos con el derecho de familia constituyen una respuesta a la relación comercial entre países con sistemas jurídicos distintos o con sistemas económicos dispares, pero que la necesidad del comercio y de los negocios hace necesarios y justifica acuerdos internacionales en estas materias.

Para la elaboración de convenciones modernas de derecho uniforme, la norma material se establece en el nivel del tratado o de la convención internacional y no hay obligación para los Estados contratantes de incorporarlas a su derecho interno. La obligación consiste, entre los Estados partes en el acuerdo, en que sus jueces y tribunales consulten la convención o el tratado y apliquen dicha normatividad como si fuera una norma material interna, es decir, de manera directa y para resolver el fondo del asunto.

Entre las ventajas que tienen este método están las siguientes:

- Se logra una verdadera armonización internacional de conceptos y soluciones sobre un tema específico para un determinado número de Estados.
- La armonización lleva a la unificación de criterios por parte de los propios tribunales nacionales, de acuerdo con la interpretación que éstos hagan.
- Se sabe cuál es la posición que guardan los otros Estados sobre el tema de que se trate, lo que contribuye a una mayor certeza y previsibilidades jurídicas.

⁴⁹ Op cit. PEREZNIETO, Castro Leonel. Derecho Internacional Privado Parte general. P.227

Las normas de derecho uniforme son instrumentos que facilitan la unificación de países en materia económica y comercial, como es el caso de la Unión Europea o el tratado que instituye al mercado norteamericano de libre comercio, existiendo un movimiento favorable para unificaciones y armonizaciones jurídicas mas amplias. Puede incluso preverse que este método por su constante expansión, tiende a sustituir en muchas áreas al sistema conflictual tradicional por ser más definido y aportar mayor certeza.

En materia de contratación, en lo que se refiere al consentimiento y su perfección, en el derecho uniforme impera el criterio de la recepción que se refiere a cuando la aceptación de la oferta llega a conocimiento del oferente. El derecho uniforme fija una concordancia que es el lugar de llegada o recepción del mensaje de datos con el que se acepta la oferta, el cual debe concordar con el lugar del establecimiento de su destinatario y con el mensaje de emisión inicial, ambas declaraciones constituyen el fundamento de la inmediata afirmación conforme a la cual se fija el lugar de perfección del contrato electrónico según la voluntad de las partes.

E. “Lex mercatoria”

Con este método la doctrina ha querido describir una amplia serie de reglas emitidas por organismos privados en el ámbito internacional o por órganos intergubernamentales en ese mismo nivel, pero cuya característica principal es que se trata de reglas que no tienen origen estatal, al menos de forma directa. Son reglas que las partes hacen suyas en sus relaciones jurídicas y las convierten en obligatorias entre si, o bien, reglas aceptadas por organizaciones de comerciantes o de prestadores de servicios y cuyo uso generalizado las hace obligatorias entre sus afiliados.

La lex mercatoria es un método elaborado por los comerciantes para atender sus propias necesidades en las transacciones que desbordan las fronteras nacionales, de tal manera que las normas o reglas que constituyen la lex mercatoria son producto de las practicas, usos y costumbres de los propios comerciantes, y actualmente de prestadores de servicios que ellos mismos las formulan para hacer

regir sus propias relaciones de tal manera que en sus contratos, al acordar someterse a ellas, estas reglas se vuelven obligatorias para las partes y así se convierten en ley, mismas que pueden hacerse valer ante los tribunales nacionales.⁵⁰

No obstante, que el objetivo de la lex mercatoria fue en sus inicios, el de resolver casos concretos, las soluciones aportadas hicieron que se desarrollaran verdaderos cuerpos jurídicos que mas tarde han constituido instituciones jurídicas en las diversas legislaciones nacionales, como fue el caso, de la letra de cambio, el pagare entre otras operaciones bancarias que todavía existen.

La reglas o normas de lex mercatoria no tienen una sanción estatal hasta que surgen controversias en los contratos entre las partes y éstas piden la intervención del sistema judicial estatal para su reconocimiento y ejecución.

La adopción de usos y costumbres comunes hace que quienes quieran comerciar internacionalmente en una determinada actividad tengan que aceptar las reglas previamente acordadas y al hacerlo, esas reglas se convertirán en obligatorias entre las partes en el contrato.

Estas reglas son aceptadas por las partes en los contratos o por organizaciones de comerciantes y prestadores de servicios de nivel internacional y son hechas de derecho obligatorio entre las partes, y, en caso de incumplimiento y con base en el principio de la autonomía de la voluntad, los tribunales nacionales las reconocen y pueden hacerlas ejecutivas a través de sus derechos nacionales.

F. Situaciones jurídicas generadas en México y reconocidas en el extranjero

Las situaciones jurídicas creadas en México y reconocidas en el extranjero a las que nos referimos son los llamados “derechos adquiridos” o “vested rights”, éstos provienen de la doctrina y del derecho estadounidense del siglo XIX, específicamente de las ideas de Joseph Story, y son reconocidas en el Código Civil Federal en el artículo 13 fracción que a la letra dice:

⁵⁰ABASCAL, Zamora José Maria. Letra de cambio y pagaré internacionales. Por fin una reglamentación uniforme. En homenaje a Jorge Barrera Graff. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM., México 1989. p. 114

“La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:
I.- Las situaciones jurídicas validamente creadas en las entidades de la Republica o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas...”

De acuerdo a lo anterior una situación (derecho adquirido) o un acto jurídico que tuvo lugar en el extranjero o en otro estado de la Republica deberán ser reconocidos, de igual forma una situación validamente creada en nuestro país deberá ser reconocida en el extranjero, tal es el caso de un contrato sin importar que haya sido por medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología, para lo cual el juez nacional solo consultara o se asegurara de que dicha situación jurídica o acto jurídico ha sido creada validamente tanto en la forma como en el fondo de acuerdo con un sistema jurídico diverso del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho.

Para que el juez del foro pueda constatar que la situación jurídica o acto jurídico han sido creados validamente conforme al derecho extranjero y, por tanto darle reconocimiento, deberá hacerlo mediante consulta a su regla de conflicto, la cual indicara a su vez, cuál es el derecho que debe consultar, después de haber llevado a cabo el procedimiento antes descrito, deberá decidir si validamente el acto jurídico fue creado conforme a su ley extranjera. La validez del acto será el principio de reconocimiento ante de los otros Estados.

El reconocimiento que se da a un derecho adquirido o un acto jurídico como es el caso de los contratos, podrá hacerse valer siempre y cuando dicha situación, acto jurídico u objeto del contrato, no sea una figura desconocida para el sistema jurídico del lugar o Estado en el cual se pretenda reconocer, ya que de lo contrario ésto resultaría imposible por afectar al sistema natural del orden jurídico, a esto se llama “Institución desconocida”, asimismo, un derecho adquirido podrá ser reconocido sin exceder los límites y regulación del sistema jurídico en el que se pretenda hacer valer, otorgando solo la validez que establecen las leyes del propio sistema.

G. Extraterritorialidad de la aplicación de las leyes

Todo Estado esta interesado en que sus normas se apliquen correctamente y con ese fin han creado un sistema de aplicación del derecho, sistema que puede ser de naturaleza administrativa, materialmente jurisdiccional, judicial o arbitral.

Las normas operativas a todo sistema judicial son principalmente las relativas a la competencia y al procedimiento, por su función estas normas son de aplicación local, por lo que es menester recordar los conceptos de jurisdicción y competencia que estudiamos anteriormente, y como lo precisamos debemos entender que la jurisdicción es la actividad de Estado encaminada a la actuación del derecho mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y a su vez la competencia es la medida de jurisdicción que le corresponde a los órganos de un Estado para ejercer sus funciones.

Como lo vimos en otro apartado la competencia por territorio es aquella que se refiere al ámbito espacial dentro del cual el juzgador puede ejercer validamente su función jurisdiccional, de tal manera que como lo veremos mas adelante donde termina la potestad de un Estado, finaliza su jurisdicción y el conocimiento que pueda tener de un asunto.

El principio de jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano esta establecido en el artículo 133 constitucional de la siguiente manera:

“La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados por el Presidente de la Republica con aprobación del Senado, serán Ley suprema de toda la Unión...”

Asimismo se establece que los jueces de cada Estado de la Republica resolverán las contradicciones que pudiesen haber en las constituciones y leyes locales.

De lo anterior se desprende que la constitución política esta en la cúspide de la jerarquía normativa en nuestro país, en segundo lugar están los tratados internacionales y las leyes emanadas del Congreso de la Unión, sin embargo, el sistema básico de conflictos de leyes en el ámbito interno se encuentra establecido en el artículo 121 de la Constitución que dice a la letra:

“En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimiento, y al efecto de ellos sujetándose a las bases siguientes...”

Del artículo anterior el maestro José Luis Siqueiros, nos indica que el texto anterior es una traducción literal del artículo 4º sección I de la Constitución de Estados Unidos de América y que este tipo de traducciones puede conducir a la modificación del verdadero sentido de la norma importada en donde los conceptos *Public acts, proceedings y records* del texto inglés, han sido traducidos como actos públicos, procedimientos y registros, respectivamente, una traducción mas técnica y apegada a la connotación jurídica de los conceptos referidos por la sección 1ª del artículo 49 de la constitución norteamericana podrían ser leyes, resoluciones judiciales e inscripciones, vocablos mas precisos y de significación mas definida en la terminología jurídica de nuestro país.⁵¹

De tal manera que las cinco bases a que se refiere el artículo 121 son las siguientes:

I.- “Las leyes de un Estado solo tendrán efecto en su propio territorio y por consiguiente no podrán ser obligatorias fuera de él”.

La fracción anterior se trata de un principio territorialista del principio “*finitas potestas, finitas jurisdictio et cognitio*”, que significa “donde termina la potestad de un Estado, finaliza su jurisdicción y el conocimiento que pueda tener de un asunto”

Sin embargo las fracciones II, III, IV Y V son la excepción a la regla:

II.- “Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la Ley del lugar de su ubicación”.

A esta fracción se aplica el principio *lex rei sitae* que estudiaremos en el otro apartado.

III.- “Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, solo tendrán fuerza ejecutoria en éste cuando así lo dispongan sus propias leyes”.

⁵¹ SIQUEIROS, José Luis. “Ejecución de sentencias extranjeras, proyecto para modificar el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”. Décimo Seminario Nacional del DIPr. En Revista Mexicana de Justicia, núm. 1, vol. V, enero-marzo México 1997.

Con base en el principio *lex rei sitae*, este dispositivo abre la posibilidad de que las sentencias sobre derechos reales puedan ser reconocidas y ejecutadas fuera de su propio territorio relacionadas con bienes inmuebles ubicados en otro Estado, aunque queda al arbitrio de dichos jueces reconocer o no las sentencias dictadas por otros jueces de la Republica.

(segundo párrafo) "Las sentencias sobre derechos personales solo serán ejecutables en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada para ocurrir en juicio.

Los derechos personales se rigen por principios diferentes, por una parte esta la voluntad del individuo por la cual se somete a la jurisdicción de un determinado tribunal, y por la otra, en razón del domicilio, referencias que la Constitución toma como punto de contacto o conexión para definir la competencia de los tribunales.

IV.-"Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros.

Los actos del estado civil requieren una permanencia a través de las fronteras de los estados por ser sustanciales a la persona, siempre que éstos derechos hayan sido adquiridos de conformidad con la ley de cualquier Estado de la República. En otras palabras la validez del acto será el principio de reconocimiento por los otros estados, esto es, los derechos adquiridos que estudiamos con anterioridad.

V.-"Los títulos profesionales expedidos por autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.

En cuanto a la determinación del derecho aplicable el artículo 13 del ordenamiento antes citado establece lo siguiente:

La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I.- Las situaciones jurídicas validamente creadas en las entidades de la republica o en un estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II. -El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III.- La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los

bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV.- La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y

V.- Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro derecho.

Para la aplicación del derecho extranjero en nuestro territorio se deberá observar lo establecido en el artículo 14 del Código Civil Federal que dice a la letra:

En la aplicación del derecho extranjero se observara lo siguiente:

I.- Se aplicara como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;

II.- Se aplicara el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;

III.- No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea Instituciones o procedimientos esenciales a la Institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

IV.- Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta ultima; y

V.- Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica están regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultanea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente articulo se observara cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

La convención internacional sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras establece criterios básicos que forman parte del derecho positivo mexicano por ser México Estado parte de la convención, a fin de plantear y resolver controversias sobre competencia y ley aplicable mismos que estudiaremos en el apartado posterior a éste.

H. Principios generales para la aplicación de la norma en materia internacional

El derecho positivo mexicano reconoce y establece los siguientes principios para resolver los problemas que plantean las relaciones jurídicas vinculadas con varios sistemas jurídicos a la vez y las diferentes maneras de solucionarlos, así como para establecer la ley aplicable ante tales controversias:

1.- *Lex fori*: Ley nacional del juez ante el cual se plantea el conflicto de leyes.

Según este principio la ley debe tener un ámbito de aplicación en el espacio, el juez debe aplicar invariablemente su propia ley en cuanto al procedimiento, sin embargo, en cuanto al fondo del asunto y específicamente en materia contractual será aplicable la ley del lugar en donde el contrato se hubiese celebrado.

2.- *Lex Loci executionis*: principio jurídico según el cual es aplicable el derecho del lugar de ejecución de una obligación o de un acto jurídico.

Según este principio la determinación del juez competente se hace a razón del lugar donde debe cumplirse la obligación respectiva.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal recoge éste principio en el artículo 156 fracción I y II que a la letra dice

“ Es juez competente:

I.- El del lugar que el deudor haya designado para ser requerido judicialmente de pago.

II.- El del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación. Tanto en este caso como en el anterior, surte fuero no solo para la ejecución, sino para la rescisión o nulidad...”

Por su parte el Código Federal de Procedimientos recoge este principio en el artículo 24 fracciones I y II que a la letra dice

“Por razón de territorio es tribunal competente:

- I.- El del lugar que el demandado haya señalado para ser requerido judicialmente sobre el cumplimiento de su obligación. Y
- II.- El del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación...”

De acuerdo con este principio a falta de voluntad expresa de quienes suscriben el contrato se regirá por el derecho del lugar de su ejecución tanto en la forma como en el fondo, salvo pacto en contrario.

3.-*Lex loci delicti*: principio jurídico según el cual es aplicable el derecho del lugar donde se comete un delito.

4.-*Lex rei sitae*: Quiere decir “La ley del lugar donde los bienes se encuentran ubicados es la ley que los rige”. Según éste principio jurídico el derecho aplicable a los bienes es aquel del lugar donde éstos se encuentran ubicados.

Esta ley determina quién es el propietario de los bienes, a qué modalidades debe sujetarse su transmisión etc.

El Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal contemplan este principio en el artículo 13 fracción III que a la letra dice:

“...La Constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y el uso temporal de dichos bienes, y los bienes muebles, se regirá por el derecho de lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros...”

5.-*Ley de autonomía*: Ley escogida por las partes en un contrato, como lo estudiamos anteriormente, el contrato electrónico es regido por la autonomía de la voluntad, en consecuencia la ley aplicable y los tribunales competentes serán aquellos que las partes señalen de manera expresa en el mismo.

6.- *Ley local*: Ley del lugar donde ocurre un hecho o donde se realiza un acto jurídico, no debe confundirse con el principio de *lex fori*, ya que este se refiere a la ley nacional del juez ante el cual se plantea el conflicto de leyes, ya sea de carácter nacional o internacional y por su parte la ley local es ley de un lugar, en el cual ésta tiene plena eficacia y aplicación.

7.-*Ley personal*: Quiere decir “Ley del domicilio”, se trata de la ley que puede ser determinada en virtud del domicilio de una persona, rige a las personas de acuerdo con su origen, lo que hoy en día llamamos nacionalidad.

8.-*Locus regit actum*: Quiere decir “La ley del lugar rige el acto”. Según éste principio jurídico el derecho aplicable a la forma de los actos jurídicos es el derecho del lugar donde éstos se realizan. Así la ley aplicable a un contrato es, de acuerdo a este principio, la ley del lugar de su celebración. En su origen, conforme a este principio se determinaba la ley aplicable a la forma y el fondo de dicho contrato. Actualmente se le considera, por lo general, únicamente en cuenta a la forma.

El Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal contemplan este principio en el artículo 13 fracción IV que a la letra dice

“..la forma de los actos jurídicos se regirán por el derecho del lugar en que se celebren...”

9.-*Puntos de contacto*: elementos jurídicamente relevantes que permiten vincular una cierta relación jurídica con algún sistema jurídico, tales como son la nacionalidad, domicilio, lugar de ejecución, entre otros.

10.-*Reglas de conflicto bilaterales*: son normas de un sistema jurídico cuya función consiste en designar el derecho que solucionará de manera directa un problema derivado del tráfico jurídico internacional, en otras palabras son normas conflictuales que permiten designar la ley aplicable a una relación jurídica de tipo internacional contemplando la posible aplicación tanto del derecho nacional como de un derecho extranjero y que tienen por objeto una categoría o figura jurídica y no la ley.

11.-*Reglas de Conflicto unilaterales*: son normas conflictuales que definen el ámbito de aplicación de las normas sustantivas del derecho positivo nacional; no contemplan una aplicación de del derecho extranjero; su objeto es la ley nacional misma, son normas conflictuales cuya función consiste en precisar si son aplicables o no las normas sustanciales del sistema jurídico a que aquéllas pertenecen.⁵²

⁵² GARCIA, Moreno Victor Carlos. Derecho conflictual. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 1991. p.11

CONCLUSIONES

- El derecho como disciplina interactiva y dinámica debe adecuarse a las nuevas tecnologías que han surgido y surgirán, a través de las cuales se llevan a cabo actos y hechos jurídicos, ya que una de las finalidades principales de éste es regular las actividades del hombre y su interacción en la sociedad.
- El contrato electrónico, tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, pues son las partes quienes se obligan según sus propios acuerdos e intereses y aceptan de esta forma la existencia del contrato, de tal manera que si el contrato es reconocido por las partes que intervienen en él tendrá una existencia real y tangible que surtirá plenos efectos jurídicos, es decir tendrá plena validez y por consiguiente también será eficaz pues las partes tendrán que cumplir con las obligaciones pactadas.
- La legislación mexicana no establece ningún formalismos en cuanto al contrato electrónico ya que éste se perfecciona por el mero consentimiento de las partes de acuerdo al principio de la consensualidad, sin embargo, éste como una nueva modalidad de contratación al igual que los contratos tradicionales debe cumplir con determinados elementos y/o formalidades para otorgar una mayor protección, seguridad y certeza jurídica a los contratantes, no obstante que el código civil establece que “cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas”.
- Tal como en otras épocas en los contratos eran necesario elementos como bronce y la balanza, los juramentos dichos por las partes y posteriormente la forma escrita que les diera un soporte, la contratación electrónica debe tener como elemento esencial la firma electrónica para reforzar la garantía de certeza y seguridad jurídica, impuesta como una obligación a cargo de las partes contratantes.
- Las autoridades o entidades de certificación, en una función parecida a la de un notario, adquiere gran relevancia en la contratación electrónica ya que, con base en los certificados que emite de la legal creación de firmas

electrónicas, el registro público de contratos y a su vez encargada de garantizar el intercambio de mensajes a través de comunicaciones electrónicas o Internet, identifica y garantiza la coincidencia entre el mensaje de oferta y el de aceptación otorgando seguridad y confianza para los contratantes.

- Los contratos electrónicos que se realizan a través de medios electrónicos, producen tantos efectos jurídicos como los contratos tradicionales y les son aplicables las mismas normas jurídicas de derecho común que a estos últimos, pudiendo entonces exigir judicialmente el cumplimiento del mismo.
- La protección a los contratantes por medios electrónicos debe recaer sobre la realización de operaciones globales que logren un equilibrio mixto de tecnologías seguras, legislación tributaria adecuada, normas contractuales claras y educación pública sobre las nuevas tecnologías, para lo cual es fundamental difundir entre los usuarios de medios electrónicos los derechos a la información y confidencialidad, además de la intervención de una autoridad o entidad de certificación que emitan el certificado correspondiente para acreditar la identidad de las partes.
- Después del estudio que hemos hecho a lo largo del presente trabajo de investigación acerca del contrato electrónico, debido a la falta de formalidades previstas de éste en la legislación mexicana así como la ausencia de elementos que constituyan el soporte material del mismo, concluimos que es necesaria la imposición de determinadas obligaciones a las partes, mismas que se deben incluir en la forma estructural del mismo, siendo éstas las que precisamos a continuación:

Por una parte es indispensable que ambos contratantes cuenten con una firma electrónica simple o avanzada, de lo contrario, debe establecerse un término para la tramitación de la misma, ya que, tomando en consideración que el consentimiento y la comunicación para llevar a cabo el acuerdo de voluntades se da a través de medios electrónicos, ópticos o del cualquier otra tecnología, y no así el uno frente al otro generándose un dialogo

únicamente informático, la firma electrónica es entonces el elemento idóneo con el que se puede acreditar fehacientemente la identidad de los contratantes y aquel que le dará el soporte material al contrato electrónico.

De la obligación antes precisada se desprenden las siguientes obligaciones que consisten en proporcionar toda la información necesaria acerca de los datos de creación y registro de la firma electrónica con la que se ostentan los contratantes y de igual forma entregar documentación veraz y fidedigna expedida electrónicamente o por escrito por el IFAI o PROFECO que contenga información acerca de la existencia de quejas interpuestas por incumplimiento de contrato en contra de la persona física o moral con la que se desea contratar.

Una vez celebrado el contrato, debe imponerse la obligación consistente en que cada uno de los contratantes tengan una impresión del contrato electrónico, ya que los medios magnéticos y ópticos son vulnerables en cuanto a modificaciones y falsificaciones, y por lo general éstos contratos no son impresos sino solo se puede tener acceso a ellos para su consulta por los mismos medios de su creación.

- Ya que a través de los medios electrónicos ópticos o de cualquier otra tecnología los actos jurídicos y en general el comercio electrónico traspasan las barreras nacionales vinculando relaciones jurídicas uno o varios sistemas jurídicos a la vez, es menester que la comunidad internacional se interese para la creación y adecuación de las convenciones y tratados internacionales a fin de solucionar los conflictos y controversias derivados del tráfico jurídico internacional.

BIBLIOGRAFIA

ABASCAL, Zamora José Maria. Letra de cambio y pagaré internacionales. Por fin una reglamentación uniforme. En homenaje a Jorge Barrera Graff. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM., México 1989.

ALVAREZ, Banderas Jorge. Código Fiscal de La Federación correlacionada y su reglamento. Primera Edición. Editorial AAA Dr. Ignacio Chávez 71. México 2006.

ARELLANO, García Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa. México 1974.

A. PARADINI, Anibal. Derecho de Internet. Editorial Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2002. p.65

BEJARANO, Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. Segunda Edición. México 1985. p 68

CAMACHO, Clavijo Sandra. "Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico". Editorial Reus. Madrid 2005.

C. MEJAN, Luis Manuel. Contratos civiles. Editorial Oxford University Press. México 2004

DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS LINEA DE INVESTIGACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICO. El contrato por medios electrónicos. Homenaje a Fernando Hinestrosa cuarenta años de rectoría. Universidad Externado de Colombia. Colombia 2003

FRANCESCAKIS, Pílon Ernst. Internationales privatrecht. Berlín 1935.

GALINDO, Gárfias Ignacio. Teoría General de lo Contratos. Editorial Porrúa. México 1996.

GARCIA, Moreno Victor Carlos. Derecho conflictual. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 1991.

GUASP, Jaime. La pretensión procesal. Editorial Civitas. Madrid, 1981. p.p. 84 y 85.

HOCSMAN, Simón Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005.

J. COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial "IB de f". Cuarta Edición. Montevideo Buenos Aires 2002.

LARENZ, Karl. Derecho Civil Parte general. Revista de derecho Privado. Madrid 1978.

LORENZETTI, Ricardo. Comercio electrónico. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001

MORINEAU, Iduarte Martha y Román Iglesias Gonzalez. Derecho Romano. Editorial Oxford University Press. Cuarta Edición. México 2003.

ALCALÁ ZAMORA y Castillo Niceto. El antagonismo juzgador-partes: Situaciones intermedias y dudosas. "Estudios de Teoría e historia del proceso". UNAM México. 1974.

OVILLA, Mandujano Manuel. "Teoría del Derecho". Editorial Duero S.A. de C.V. Séptima Edición. México 1972.

OVALLE, Favela José. Teoría General del proceso. Editorial Oxford University Press. Sexta edición. México 2005.

OVALLE, Favela José. Derecho Procesal Civil. Editorial Oxford University Press. Novena edición. México 2003.

PARADINI, Anibal A. "Derecho de Internet". Ediciones LaRocca. Buenos Aires 2002.

PEREZ, Fernández del Castillo Bernardo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. Novena Edición. México 2003

PEREZNIETO, Castro Leonel. Derecho Internacional Privado Parte general. Editorial Oxford University Press. Octava Edición. México 2003.

REYES, Kraff Alfredo Alejandro. La firma electrónica y las entidades de certificación. Editorial Porrúa. México 2003.

SIMON, Hoccsman Heriberto. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005.

SIQUEIROS, José Luis. "Ejecución de sentencias extranjeras, proyecto para modificar el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal". Décimo Seminario Nacional del DIPr. En Revista Mexicana de Justicia, núm. 1, vol. V, enero-marzo México 1997.

MONCAYO, Rodríguez Socorro. Et al. Contratos: tradición y globalización. Colección transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización. Volumen II. Editorial Arana Editores. Xalapa Veracruz México 2007.

Agenda Civil del Distrito Federal 2009. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Ediciones Fiscales ISEF S.A. Décima cuarta edición. México 2009

Agenda Civil del Distrito Federal. Código Civil Federal Editorial Ediciones Fiscales ISEF S.A. Décima cuarta edición. México 2009

Agenda Civil del Distrito Federal. Código Federal de Procedimientos Civiles. Editorial Ediciones Fiscales ISEF S.A. Décima cuarta edición. México 2009

Legislación de Banca y Crédito. Editorial SISTA S.A. de C. V. Primera Edición. México. 2004.

Legislación de Comercio. Editorial SISTA. Trigésima octava edición. México. 2008.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Procedente:

Amparo en revisión 257/2000.- Bancomer, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero.- 26 de junio de 2001.-Unanimidad de votos.- Ponente: Epicteto García Báez.

GLOSARIO

CNUDMI: Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

Certificado: Documento emitido y firmado por una Autoridad Certificadora que identifica una clave pública con su propietario. Cada certificado está identificado de manera única y tiene un período de validez consignado en el mismo. Un certificado permite validar la identidad del otro extremo de una comunicación ya sea una persona o un dispositivo.

Cracker: Es toda persona que por los mismos medios que el *hacker* accede a sistemas de información que le son prohibidos, pero con la intención de provocar un daño o apoderarse indebidamente de información.

Competencia: Es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado dentro del cual éstos pueden ejercer validamente las funciones que les son propias.

Criptología: es la ciencia que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original. La utilización de sistemas criptográficos para encriptar los mensajes permite conseguir confidencialidad de las comunicaciones electrónicas.

Firma Electrónica: Datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para identificar y/o vincular al firmante en relación con el mensaje de datos, en forma equivalente a la firma manuscrita

Firma autógrafa: Según la Real Academia Española, la firma autógrafa es el nombre y apellido (o símbolo), que una persona escribe de su propia mano en un documento para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido. En la práctica, la firma es el lazo que une al firmante con el documento; debe ser puesta en el documento de propia mano (manuscrita) de ahí el término autógrafa.

Hackers: Es toda persona que valiéndose de medios informáticos y telecomunicaciones, accede remotamente y en forma no autorizada a sistemas de información cuyo acceso le esta prohibido.

Jurisdicción: Es la actividad de Estado encaminada a la actuación del derecho mediante la aplicación de la norma general al caso concreto.

Links: Hipervínculos entre las paginas de Internet que permiten la navegación mediante la superposición eficiente de textos entre sitios

Mensaje de datos: Información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares como son el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, telegrama, teles o telefax.

Phreker: Es la persona que para llevar a cabo la actividad de hacker o de ckacker, utiliza indebidamente líneas telefónicas puesto que, mas allá del valor de los pulsos telefónicos utilizados, su motivación es evitar ser rastreado por el software específico diseñado para tal efecto.

Punto de conexión o punto de contacto: Medio técnico que sirve para designar la norma sustantiva aplicable.

UNCITRAL: Comisión de las Naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional.