



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS
SUPERIORES ARAGÓN**

**LA NECESIDAD DE REFORMA AL
RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMERCIO
ELECTRÓNICO EN MÉXICO.**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JULIO ALBERTO GONZALEZ HERNÁNDEZ.**

**ASESOR:
ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO.**

Una escultura moderna del Campus Aragón de la UNAM, compuesta por tres columnas verticales de diferentes alturas y colores (rojo, azul y verde) que se elevan desde una base cuadrada de color rojo. El texto "CAMPUS ARAGON" está impreso en la base.

CAMPUS ARAGON

MÉXICO, 2012.



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 madre.

La persona más maravillosa del mundo,
quien además de darme la vida, ha dedicado
su vida entera a inculcarme los valores necesarios
para ser un hombre de bien.

A la Universidad.

Que me ha permitido crecer como
ser humano y adquirir los
conocimientos necesarios para ser
un buen profesional y ser
humano.

A mis profesores y asesor de tesis.

A quienes expreso mi más profundo
agradecimiento por compartir sus experiencias
y conocimientos que me han permitido y permiten
diariamente enfrentar el mundo profesional.

A mis amigos, a quienes
agradezco sus consejos, sus
experiencias y su apoyo.

A mi novia Citlali Quintanar.

Quien me ha apoyado en todo lo que hago
y quien se ha convertido en mi motivación
para todo lo que hago.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO 1.	
ACTO DE COMERCIO.	
1.1.- Concepto de comercio.....	1
1.2. Concepto de Derecho Mercantil.....	5
1.3.- El comercio como objeto del derecho mercantil.....	9
1.4.- El derecho mercantil como derecho de los comerciantes y de los actos de comercio.....	10
1.5.- Acto de comercio.....	12
1.5.1. El acto jurídico.....	12
1.5.2. El acto de comercio.....	14
1.5.3. Intermediación y especulación.....	17
1.5.4. Clasificación del acto de comercio.....	19
1.5.4.1.- Actos esencialmente civiles.....	20
1.5.4.2.- Actos absolutamente mercantiles.....	20
1.5.4.3.- Actos de mercantilidad condicionada.....	20
1.5.4.4.- Por su naturaleza.....	23
1.5.4.5.- Actos de comercio derivados de una empresa.....	28
CAPÍTULO 2.	
GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS.	
2.1.- Concepto de obligación.....	29
2.1.1.- Fuentes de las obligaciones.....	30
2.1.2.- Clasificación en el Derecho Romano.....	30
2.1.3.- Clasificación en la doctrina francesa.....	30

2.1.4.- Clasificación de las fuentes de las obligaciones según algunos tratadistas del Derecho Civil.....	31
2.2.- Concepto de convenio.....	31
2.3.- Concepto de contrato.....	33
2.3.1.- Elementos de existencia en los contratos.....	34
2.3.1.1.- Consentimiento.....	34
2.3.1.2.- Objeto.....	36
2.3.2.- Requisitos de validez.....	40
2.4.- Normas que rigen al contrato.....	45
2.5.- El contrato y la autonomía privada.....	47
2.6.- El contrato como norma.....	47
2.7.- La relación jurídica contractual.....	48
2.8.- El principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.....	48
2.9.- Interpretación de los contratos.....	49
2.10.- Efectos del contrato.....	51
2.11.- La invalidez del contrato.....	52
2.12.- Clasificación de los contratos.....	53
2.13.- La firma autógrafa en los contratos.....	55
2.14.- Definición de contrato mercantil.....	58
2.15.- Principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes en las convenciones mercantiles y sus restricciones.....	58
2.16.- El consentimiento en los contratos mercantiles.....	59

CAPÍTULO 3

DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

3.- Tecnologías de la información y la comunicación (TIC´s).....	60
3.1.- Las redes.....	61
3.1.1.- Telefonía fija.....	61
3.1.2.- Banda ancha.....	61
3.1.3.- Telefonía móvil.....	61
3.1.4.- Redes de televisión.....	62
3.1.5.- Navegador de Internet.....	63
3.2.- Los terminales.....	63
3.3.- Internet y su entorno.....	64
3.4.- Servicios en las TIC.....	71
3.5.- Definición de e-mail.....	72
3.6.- Sociedad de la información.....	74
3.7.- Firma electrónica.....	75
3.8.- Comercio electrónico.....	77

CAPÍTULO 4.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO.

4.1.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.....	80
4.2 Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.....	81
4.3.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.....	83
4.4. Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.....	85

4.5.- Marco legal del comercio electrónico en nuestro país.....	85
4.6.- Regulación Jurídica del comercio electrónico en el Código de Comercio.....	87
4.7.- Ley Federal de Protección al Consumidor.....	91
4.8.- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.....	92
4.9.- Código Civil Federal.....	96
4.10.- Código Federal de Procedimientos Civiles.....	97
4.11.- Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, Prácticas comerciales-requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos.....	97
4.12.-Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación.....	97
4.13.- Reglas Generales a las que deberán sujetarse los Prestadores de Servicios de Certificación y acuerdo que las modificó.....	98
4.14.- La necesidad de reforma al régimen jurídico del comercio electrónico en México.....	98
Conclusiones.....	110
Bibliografía.....	112

INTRODUCCIÓN.

Actualmente vivimos en una era digital en la que el uso de las Tecnologías de la Informática y la Comunicación (TIC's), se encuentran en la vida cotidiana de cualquier persona, puesto que estas se utilizan de forma casi imperceptible para los más diversos propósitos, que van desde la diversión, la comunicación, la información e incluso la negociación para el intercambio de bienes y servicios.

Innegablemente la disciplina jurídica no podía quedar al margen del desarrollo de las TIC's, puesto el uso de dichas tecnologías trae consigo consecuencias jurídicas de diversa índole, que pueden ser desde aspectos civiles, mercantiles, penales, de propiedad intelectual, de administración pública, entre otras.

Es de suma relevancia destacar que las TIC's, únicamente son un mero instrumento o medio para la producción de efectos jurídicos, los que siempre se originan mediante un acto o negocio jurídico, distinguiendo el acto del negocio jurídico en el sentido de que en el primero de ellos interviene una voluntad humana que produce efectos jurídicos, pero que no busca el surgimiento de un nuevo status jurídico, pero que aún con ello éste se produce y en cambio, el negocio jurídico siempre involucra una voluntad humana que se manifiesta con el propósito de producir una nueva situación jurídica.

Ante el crecimiento y habitual número de transacciones comerciales que se efectúan mediante el Intercambio Electrónico de Datos (EDI por sus siglas en inglés), como lo son el Internet y el e-mail, así como por otros y muy diversos medios digitales, surge la necesidad de regular ese tipo de actos de comercio efectuados con la ayuda de las TIC's, los que son conocidos con el nombre genérico de "comercio electrónico".

En ese sentido, no debemos olvidar que el Derecho es ideal y siempre se va adecuando a las necesidades sociales, por lo que en éste ámbito en específico es algo complejo que el Derecho pueda contemplar todos las

hipótesis jurídicas que pudieran surgir en el comercio electrónico, máxime que el desarrollo de las TIC's avanza de forma por demás acelerada, a contrario sensu de lo que acontece con el proceso legislativo que como es de sobra conocido es un proceso complejo, largo y tedioso, aunado a la cotidiana falta de acuerdos y oposiciones diametralmente opuestas entre nuestros legisladores.

Por lo anterior, es necesario adecuar el Derecho Positivo Mexicano, no para que regule con precisión milimétrica la celebración del comercio electrónico, pero si que sustente las bases o establezca los parámetros necesarios para dotar de certeza jurídica los actos de comercio efectuados con la utilización de las TIC's, para así prevenir o solucionar de la mejor forma posible las controversias que pudieran surgir por el ejercicio del llamado "comercio electrónico".

Además de lo anterior, no sólo se deben establecer lineamientos aplicables al comercio electrónico nacional, si no que se debe adecuar la legislación mexicana al grado de hacerla compatible con entornos sociales, económicos y jurídicos diversos, para contribuir así con el establecimiento de relaciones comerciales de índole internacional armoniosas.

En ese orden de ideas, en éste trabajo se hace un análisis de cómo se encuentra regulado el "comercio electrónico" en nuestro país, evidenciando las lagunas legales existentes al respecto, para finalmente concluir con una breve exposición de cómo podría regularse de forma más eficaz el "comercio electrónico", sobre todo respecto a las obligaciones previas y posteriores a la contratación, el tratamiento de datos personales y lo referente a pagos electrónicos y/o transferencias electrónicas de fondos.

El "comercio electrónico", abre un mundo de posibilidades a los países en desarrollo, así como a las micro, pequeña y mediana empresa, siendo éste uno de los motivos principales por los que deben establecerse los mecanismos jurídicos que permitan llevar a buen término dichas transacciones, puesto que

hoy en día no se tiene la certeza de que la contraparte en un acto de comercio celebrado por medios electrónicos sea quien dice ser.

Con motivo del comercio electrónico, poco a poco se está desplazando al soporte papel, siendo el caso, que es necesario garantizar la inalterabilidad de los archivos o documentos electrónicos en los que constan las operaciones comerciales.

Además de lo anterior, no sólo se deben establecer lineamientos aplicables al comercio electrónico nacional, si no que se debe adecuar la legislación mexicana al grado de hacerla compatible con entornos sociales, económicos y jurídicos diversos, para contribuir así con el establecimiento de relaciones comerciales de índole internacional armoniosas.

CAPÍTULO 1.

ACTO DE COMERCIO.

1.1.- Concepto de comercio.

A continuación estableceremos el concepto de comercio desde diferentes puntos de vista.

Desde el punto de vista etimológico se dice que el concepto de comercio deriva del latín *commercium*, de *com*, con y *merx-cis*, que significa con mercancía.¹

Constituye una actividad lucrativa que consiste en la intermediación directa o indirecta entre productores y consumidores de bienes y servicios a fin de facilitar y promover la circulación de la riqueza.

Al respecto el maestro Joaquín Garrigues menciona: Partiendo de la idea de ser el concepto económico de comercio un antecedente lógico del concepto del Derecho mercantil, es necesario establecer distinciones, porque sobre el concepto de comercio no hay plena concordancia: desde una idea amplísima que comprende todo acto de cambio, incluso directo, hasta la idea mas estrecha de mediación rigurosamente profesional, las definiciones varían tanto como los autores. En una síntesis arbitraria podemos concluir las definiciones de comercio a

¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2ª edición, Porrúa. México. UNAM. 1988. Pág. 512.

uno de estos dos grupos, o el de aquellas que, tomando la parte por el todo, el acto típico por la actividad, atienden a los actos en que primordialmente se manifiesta el comercio, o el de aquellas otras definiciones que atienden a la finalidad de la función comercial, independientemente de los actos que pueden servir a esa finalidad.

Inicialmente la exteriorización típica del comercio se limita al acto de comprar para revender con lucro. La compraventa es el acto de comercio por excelencia, realizando el intercambio de bienes sin alteración de forma. Comerciante es el que compra una mercancía para revenderla a mayor precio, sin transformarla, lucrándose con la diferencia de valor.²

En el Derecho Mercantil es un concepto que pertenece al mundo de la economía, ya que ésta se ocupa de la circulación de la riqueza pero guardando un estrecho vínculo con el Derecho, pues hay una relación social que lo pone en movimiento.

Económicamente es: “la actividad de intermediación entre productores y consumidores que se efectúa con la finalidad de obtener un lucro.”³

El concepto económico lógicamente tiene su base y fundamento en la obtención de un lucro (ganancia), pues no debemos olvidar que la economía es la ciencia que estudia la producción y obtención de riquezas.

En términos jurídicos no es sólo una intermediación lucrativa, sino también, la actividad de las empresas, de la industria, de los títulos de crédito, etc. El concepto jurídico es variable porque se refiere a lo que el legislador haya querido reputar como tal y éste concepto lo plasma a lo largo del derecho positivo y de una manera implícita.

² GARRIGUES GARRIGUES Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil I*. 8ª edición. Porrúa. México 1987. Pág. 8-9.

³ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Ob. Cit. Pág.513.

“El comercio es una actividad que se realiza de intercambio y aproximación con propósito de lucro.”⁴

Lucro que significa ganancia o utilidad, el comercio abarca la actividad de aproximación o intermediación con propósito de obtener un ganancia económica, actividad que realizan en forma habitual o profesional las personas o instituciones llamadas comerciantes y mediante esta labor el consumidor esta dispuesto a pagar al comerciante el valor del producto mas una ganancia por el servicio prestado por el intermediario.

Jurídicamente lucro significa ganancia o utilidad obtenida en la celebración de ciertos actos jurídicos, que el ordenamiento legal califica de lícita o ilícita, según su obtención, exceso o proporción, para atribuirle determinadas consecuencias jurídicas.

Así tenemos que otros autores definen al comercio de la siguiente manera:

El maestro Dávalos Mejía lo define como: “El comercio es solo una de las múltiples actividades que realiza el ser humano, como cualquier otra, esta actividad ha debido ser regulada por el derecho en virtud de involucrar intereses susceptibles de ocasionar problemas entre los hombres”⁵

“El comercio en su acepción económica original consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores con un propósito de lucro”⁶

⁴ RAMÍREZ VALENZUELA Alejandro. *Derecho Mercantil*. 9ª edición. Limusa. México D.F. 1995. pág. 56

⁵ DÁVALOS MEJÍA, Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito*, 2ª edición. Harla. México D.F. 1998 Pág. 8

⁶ PINA VARA, Rafael de. *Derecho Mercantil Mexicano*, 23ª edición. Porrúa México D. F. 1992 Pág. 5

El tratadista Acosta Romero manifiesta que es: “el regido por las leyes mercantiles y juzgado por los tribunales con arreglo a ellas o los que ejecutan los comerciantes.”⁷

Los juristas Octavio Calvo y Arturo Puente han clasificado al comercio de la siguiente manera:

1. “**Comercio Interior**, es el que se realiza entre persona físicas o morales que residen dentro de un mismo país.

2. **Comercio Exterior**, es el realizado entre personas que viven en distintos países, quedando dentro de este grupo el COMERCIO INTERNACIONAL, que es el que realiza entre los gobiernos de diferentes naciones.

3. **Comercio Terrestre**, regida por el mismo Derecho Mercantil denominada Derecho Mercantil Terrestre.

4. **Comercio Marítimo**, esta actividad también tiene una rama especial dentro del código de comercio, rama que se denomina Derecho Mercantil Marítimo.

5. **Comercio al por mayor o al mayoreo**, es el que se realiza en gran escala, casi siempre entre fabricantes y distribuidores, quienes después revenderán los productos a los consumidores.

6. **Comercio al por menos o al menudeo**, generalmente consiste en la venta de los productos al consumidor.

7. **Comercio por cuenta propia**, es el que realizan los comerciantes cuando son propietarios de los productos por haberlos adquiridos por tal fin.

⁷ ACOSTA ROMERO Miguel “et al.”. *Nuevo Derecho Mercantil*, Porrúa, México 2000 pág. 101

8. Comercio en comisión o por cuenta ajena, es el que realizan los comisionistas o consignatarios, que se dedican a vender productos que no son de su propiedad.”⁸

Las anteriores definiciones tienen como referente el propósito de obtener una ganancia, es decir, generar y circular riqueza, lo que innegablemente conlleva problemas en cuanto a esa generación y distribución; asimismo responden a métodos inductivos incompletos. Se atiende al acto que mas frecuentemente realiza el comerciante que no es otro que la compraventa y se toma la parte por el todo, se utiliza ese acto como exponente de la actividad total del comerciante.

1.2. Concepto de Derecho Mercantil.

No podría definirse en la actualidad el Derecho mercantil con escueta alusión al comercio, pues hay relaciones reguladas por el que no quedan incluidas en la extensión del concepto económico ni en la del concepto vulgar de comercio, las empresas industriales, los títulos valor emitidos como consecuencia de un negocio civil, etc., y por otra parte, habitualmente no se incluyen en el derecho mercantil todas las normas referentes al comercio.

La doctrina mercantilista en su mayor parte, al construir el concepto de Derecho mercantil sobre el concepto económico del comercio, atiende a la finalidad del comercio, independientemente de los actos que sirven a esa finalidad.

Comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores. Comerciante es el intermediario entre productores y consumidores. Derecho mercantil será todo ordenamiento jurídico en el cual existan para el comercio normas diversas del derecho civil. El Derecho mercantil se refiere, pues, a la actividad mediadora estricta, en la que no participa ni el productor ni el consumidor; actividad mediadora cuya manifestación típica

⁸ PUENTE Y FLORES Arturo “et al.”. *Derecho Mercantil* .40ª edición, Banca y Comercio, México 1993, pág. 1

está en la circulación de la riqueza mobiliaria (mercancías , títulos y dinero son el objeto clásico de las transacciones mercantiles); actividad mediadora que va ligada, en relación de causa a efecto a la idea de especulación o propósito de obtener una ganancia, no aislada y esporádica, sino reiterada, habitual, como fuente constante de ingresos.

Aparentemente, el derecho mercantil es un conjunto de normas jurídicas que regulan al comercio (conocido como criterio objetivo) y al comerciante (conocido como criterio subjetivo). Sin embargo, como lo explicaremos más adelante, no es posible definir al derecho mercantil con base en estos criterios.

Ninguno de estos dos criterios nos permite diferenciar de forma clara y contundente al derecho mercantil del derecho civil porque ambas ramas del derecho regulan de alguna manera los actos jurídicos que consisten en el intercambio de bienes o servicios independientemente de la profesión de las partes.⁹

Tampoco es posible obtener del derecho positivo los datos necesarios para elaborar un concepto jurídico de comercio y por ello para delimitar el derecho positivo comercial, se habrá de implicar la falta de concordancia señalada y el carácter puramente formal de la delimitación. Es así que expondremos diferentes definiciones de derecho mercantil que han dado distinguidos tratadistas.

Al respecto Mantilla Molina lo define como “Es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.”¹⁰

⁹ DÁVALOS TORRES María Susana. *Manual de Introducción al Derecho Mercantil*. 1ª edición Nostra Ediciones, México, 2010, pág. 29.

¹⁰ MANTILLA MOLINA Roberto L. *Derecho Mercantil*. 19ª edición, Porrúa, México, 1979, pág. 21.

La anterior definición es incompleta, pues no hace alusión alguna a las cosas estrictamente mercantiles, a las que nos referiremos más adelante.

Joaquín Rodríguez lo determina como: “Es el derecho de los actos en masa realizados por empresas”.¹¹

Lo aseverado por el maestro Joaquín Rodríguez es más un concepto económico que jurídico, pues la regulación jurídica del Derecho Mercantil es mucho más que simples actos en masa realizados por empresas, pues existen múltiples actos que aunque no son realizados en masa son de carácter mercantil, otros tantos que son realizados por personas físicas que la ley reputa como comerciantes sin necesidad de ser una empresa, no debiendo perder de vista que el concepto de “empresa” es de carácter estrictamente económico, ya que se refiere a una unidad integrada por un capital, producción, distribución, utilidades, mercadotecnia entre otros; así como por cosas a las que la ley da carácter de mercantiles.

Al respecto, Barrera Graff lo define de la siguiente manera: “Es la ciencia que regula los actos de comercio, así como las relaciones derivadas de dichos actos”¹²

Por su parte Fernando Vázquez señala: “Es el conjunto de normas que regulan la actividad de los comerciantes o bien el concierto de reglas que rigen las relaciones nacidas del comercio”¹³

Joaquín Garriguez los define como: el que regula los hechos sometidos al código de Comercio y a las leyes especiales mercantiles”.¹⁴

¹¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 1, 19ª edición, Porrúa México 1988 pág. 13.

¹² BARRERA GRAF Jorge. *Tratado de Derecho Mercantil*, Volumen Primero, Porrúa, México 1957 pág. 1.

¹³ VAZQUEZ ARMINIO, Fernando. *Derecho Mercantil*, Porrúa, México 1977 pág. 19.

¹⁴ GARRIGUES GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª edición, Porrúa, México 1988 pág. 6.

La definición proporcionada por el maestro Garriguez, aunque breve nos parece muy acertada, ya que tal como lo asevera dicho autor, es innegable el hecho de que el Derecho Mercantil regula los actos preceptuados en cualquier ordenamiento jurídico de índole mercantil, ya sea el propio Código de Comercio o alguna ley que tenga el carácter de mercantil.

Para Raúl Cervantes Ahumada, el derecho mercantil es un “conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general”.¹⁵

Referirnos al derecho mercantil mexicano, es hacerlo desde los enfoques del comercio, del comerciante, de la empresa y de la intermediación en el cambio de bienes o servicios.¹⁶

Muy probablemente a la definición anterior, sólo deba agregarse la finalidad de especulación comercial, es decir, el propósito de obtener un lucro, para con ello tener una definición completa de Derecho Mercantil.

El derecho mercantil es un orden jurídico de carácter general que se aplica:

- a) A los actos de comercio (relación mercantil).
- b) A las personas que los realizan (sujetos de la relación mercantil).
- c) A las cosas o bienes materia de los actos de comercio (objetos de la relación mercantil).
- d) A los procedimientos judiciales o administrativos (juicios mercantiles,

¹⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México, 2007, pág. 21.

¹⁶ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *El Comercio Exterior de México. Marco Jurídico, estructura y política*, Porrúa, 1989, pág. 3.

e) concursos, quiebras, etc.).¹⁷

De las anteriores definiciones podemos determinar que el derecho mercantil es aquel conjunto de normas que regulan los actos de comercio, a los comerciantes en el desarrollo de sus actividades, las cosas mercantiles y los procedimientos judiciales que deriven de los tres anteriores.

1.3.- El comercio como objeto del derecho mercantil.

Al respecto Joaquín Garrigues establece: “Todos los tratadistas clásicos del Derecho Mercantil conciben este Derecho como un Derecho privado especialmente destinado al comercio. Y en esta misma dirección se encuentran muchos autores modernos, quienes parten del concepto de comercio como antecedente lógico del Derecho Mercantil, prejuzgado la naturaleza de éste al enfocarlo y limitarlo desde el punto de vista del comercio en sentido económico.

Las denominaciones clásicas de la materia de nuestra disciplina llevan a juristas y no juristas a referir al comercio el objeto propio del Derecho Mercantil, derivando lógicamente el concepto de esta rama jurídica de las palabras empleadas para designarla. Si el Derecho Administrativo es el que se refiere a la administración, Derecho Mercantil tiene que ser el que se refiere al tráfico de mercancías, y Código de Comercio el Código propio de la función económica comercial.”¹⁸

El Derecho Mercantil no puede ser definido como lo hace nuestro autor, ya que su conceptualización es mucho más extensa que un simple Derecho referido al tráfico de mercancías, pues éste abarca todas las adquisiciones, enajenaciones, alquileres, abastecimientos, suministros operaciones bancarias y demás actos que

¹⁷ ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo X, Segunda Edición, Porrúa, México, 2004, pág. 513.

¹⁸ GARRIGUES GARRIGUES, Joaquín. Ob. Cit. pág. 8.

son efectuados con el propósito de intermediación y especulación comercial e incluso otros tantos que carecen de dichos fines.

1.4.- El derecho mercantil como derecho de los comerciantes y de los actos de comercio.

Debido a que el comercio no es un concepto que permite diferenciar al derecho mercantil del derecho civil, se ha tratado de emplear en su lugar al concepto de comerciante (conocido como criterio subjetivo).

Uno de los elementos principales en cualquier disciplina jurídica son los sujetos que intervienen y la manera en que se relacionan. En el derecho mercantil al comerciante como sujeto principal de los actos jurídicos de esta rama del derecho. Antes de continuar es pertinente establecer que históricamente se ha conceptualizado al comerciante como la persona física o moral que practica habitual y profesionalmente (ocupación ordinaria) actos de comercio, teniendo capacidad legal para hacerlo, pero que actualmente dicho concepto se hace extensivo a efecto de aplicar alguna ley mercantil, para las personas que accidentalmente realicen una operación comercial.

Al definir al derecho mercantil, afirmamos que es la rama del derecho privado que regula, entre otros aspectos, a los comerciantes; sin embargo, como lo señalamos, el derecho mercantil se ha ampliado a tal grado que no sólo regula a los comerciantes sino también a otras personas que de algún modo intervienen en un acto de comercio.¹⁹

Asimismo, la autora Dávalos Torres, menciona que: “la doctrina define al comerciante como un intermediario en el cambio, lo cual implica que es quien realiza actos a través de los que intercambia bienes o servicios con un fin de lucro. El comerciante es un intermediario porque los bienes o servicios que intercambia

¹⁹ DÁVALOS TORRES María Susana. Ob. Cit. Pág. 81.

los emplea en su uso o consumo personal sino que los destina al intercambio; el intercambio sucesivo es lo que lo hace a una persona ser intermediario entre el productor y el consumidor.”²⁰

Como mencionamos anteriormente, el derecho mercantil surgió como un conjunto de normas que regulaban la actividad de los comerciantes; como consecuencia, el concepto de comerciante durante algún tiempo funcionó como un parámetro para identificar el campo de aplicación del derecho mercantil.

El derecho mercantil surgió como un derecho aplicable a los comerciantes quienes se habían constituido como una nueva clase social en la Baja Edad Media. Conforme fue evolucionando, el comercio dejó de ser una actividad propia de los comerciantes para convertirse en una actividad en la que participan personas que no necesariamente hacen del comercio una profesión. El derecho mercantil ha evolucionado a tal grado que los actos que regula son realizados no sólo por los comerciantes sino por cualquier persona, independientemente de su profesión; por lo tanto, el concepto de comerciante en la actualidad tampoco puede ser empleado como criterio para determinar el campo de aplicación del derecho mercantil.²¹

Al respecto Cesar Vivante de forma acertada, manifiesta:”La materia regulada por el Código de Comercio es mucho más vasta que la que los economistas suelen comprender con el nombre de industria comercial. Rige en todas sus partes a muchas instituciones que en su origen fueron ciertamente instrumentos exclusivos de los comerciantes, pero que hoy sirven para toda clase de ciudadanos, como por ejemplo, la letra de cambio, los transportes terrestres y marítimos. Rige además a otras instituciones que sirven a la agricultura como al comercio, tal como a los almacenes generales. Rige a otras que sirven para

²⁰ Íbidem, págs. 84-85.

²¹ Íbidem. Pág. 30.

conseguir los fines de la previsión y la mejora económica de las clases humildes, como a las sociedades de seguros mutuos y las cooperativas”.²²

1.5.- Acto de comercio.

En este apartado se analizarán las diversas clasificaciones doctrinales del acto de comercio, concepto que es de suma trascendencia para lo que a comercio electrónico se refiere.

1.5.1. El acto jurídico.

No podemos definir el acto jurídico sin conceptuar previamente al hecho jurídico, ya que una vez establecido este último concepto, podremos analizar y definir las características y elementos del acto jurídico.

a) Hecho jurídico.

Se definen como acontecimientos —instantáneos— o estados —situaciones más duraderas— que por sí mismos o junto con otros y de acuerdo a lo previsto en las normas jurídicas, producen efectos jurídicos. Los hechos jurídicos se pueden clasificar de la siguiente manera:

1) En función de si son hechos que sirven de fundamento o base por sí mismos para producir efectos jurídicos, y hechos que son condición para que el hecho causa despliegue su eficacia;

2) Hechos simples que están formados por un solo elemento como la muerte de una persona, y hechos complejos que contienen varios elementos, es decir, los que requieren la concurrencia de varios sucesos que son considerados

²² VIVANTE César. *Derecho Mercantil*, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002, pág.41.

en su conexión tales como el contrato, que exige al menos dos elementos: la declaración de voluntad entre ambos contratantes;

3) Positivos consisten en un acontecimiento, tales como la ocupación de un inmueble, y negativos que consisten en una omisión, por ejemplo, dejar de pagar una deuda;

4) Hechos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos, según constituyan, modifiquen o extingan efectos jurídicos, y

5) Hechos naturales y voluntarios, los primeros son técnicamente “hechos jurídicos” y los segundos “actos jurídicos”.

De esta manera los hechos jurídicos son aquellos en los que no ha participado ninguna voluntad humana y a los que el derecho les asigna consecuencias jurídicas (por ejemplo, un cataclismo del que se desprenden consecuencias jurídicas).²³

Podemos concluir diciendo que hecho jurídico es todo acontecimiento que produce efectos en el campo del derecho independientemente de que en su realización intervenga o no la voluntad de la persona afectada por sus consecuencias jurídicas.

b) Acto jurídico.

Una vez definido el hecho jurídico, es necesario establecer el concepto de acto jurídico.

Al respecto el maestro Rafael Rojina Villegas establece que: “El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir

²³ CÁRDENAS GARCÍA Jaime. *Introducción al estudio del Derecho*, Nostra Ediciones, México, 2010, pág. 195.

consecuencias de derecho, las que son reconocidas por el ordenamiento jurídico”.²⁴

De dicho concepto, podemos concluir que los actos jurídicos son los que el ser humano realiza de forma voluntaria y libre y a los que el derecho les atribuye consecuencias jurídicas (por ejemplo, un contrato, un testamento o un convenio), así como que el acto jurídico comprende los elementos siguientes:

- a) Que se exteriorice una manifestación de voluntad.
- b) Que esa voluntad exteriorizada cree, transfiera, modifique o extinga derechos y obligaciones.

El acto jurídico se clasifica en unilateral y bilateral. En el primero interviene para su formación una sola voluntad, o varias, pero concurrentes a un idéntico fin. El bilateral requiere para su formación la concurrencia de dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí. El acto bilateral a su vez se subdivide en contrato y convenio.²⁵

En éste apartado no haremos referencia al convenio ni al contrato, ya que ello será objeto de estudio en el capítulo subsecuente.

1.5.2. El acto de comercio.

En este apartado analizaremos el acto de comercio, figura de suma relevancia en el tema que nos ocupa y en torno a la cual se desarrolla el llamado comercio electrónico.

²⁴ ROJINA VILLEGAS Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia*, Porrúa, México, 1993, pág. 115.

²⁵ CÁRDENAS GARCÍA Jaime. Ob Cit. Pág. 196.

Definición.

El Código de Comercio vigente regula todo lo referente a los actos de comercio. El artículo 1º establece: *“Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.”*, de lo anterior se colige, que la finalidad primordial de dicho ordenamiento legal, es la regulación de tales actos.

Dada la complejidad del acto de comercio, ha sido una tarea extenuante para la doctrina proporcionar una definición del concepto acto de comercio, incluso muchos autores de gran renombre consideran imposible dar una definición correcta de éste.

En relación al tema, León Tovar, manifiesta: “El Código de Comercio (C.Co.), mexicano está estructurado básicamente en función del acto de comercio, pero no contiene una parte general dedicada a todos los principios y todas las reglas de los actos de comercio, obligaciones y contratos, sino que únicamente señala algunos principios de excepción y regula algunos de los contratos que califica de mercantiles (comisión, consignación, compraventa, depósito, transporte, préstamo y cesión de créditos).”²⁶

En relación a dicho tema César Vivante en su obra Derecho Mercantil asevera: “No se puede dar una definición de los actos de comercio regulados por el Código, porque no tienen caracteres comunes: el mismo legislador ha renunciado a ello, prefiriendo indicar en una larga serie demostrativa cuáles son los actos regidos por el Código de Comercio, y a esa serie debemos atenernos sin discutirla.”²⁷

²⁶ LEÓN TOVAR Soyla H. *Contratos Mercantiles*, 5ª Edición, Porrúa, México, 2003, pág.1.

²⁷ VIVANTE César. Ob. Cit. pág. 42.

Al respecto tenemos que puntualizar que en nuestro ordenamiento jurídico la lista demostrativa a que se refiere César Vivante se encuentra establecida en el artículo 75 del Código de Comercio, específicamente en las fracciones I a XXIV, siendo pertinente aclarar que dicha lista es de carácter enunciativo más no limitativo ya que la fracción XXV de dicho precepto legal establece: “Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código.”, asimismo el último párrafo de dicho artículo faculta a los jueces para que en caso de duda, determinen si dicho acto en cuestión es o no de naturaleza comercial.

De la misma forma, Vázquez del Mercado señala: “No es posible la definición debido principalmente a que en todos los actos no se da siempre la misma o las mismas notas determinantes.”²⁸

Aparentemente, el acto de comercio es sinónimo de comercio; sin embargo, el concepto de comercio es demasiado amplio como para acotarlo exclusivamente al derecho mercantil. El comercio es un concepto económico que se puede definir como el intercambio de bienes o servicios; como lo explicamos, jurídicamente, el intercambio de bienes o servicios se puede llevar a cabo a través de un acto jurídico regulado por el derecho mercantil o por el derecho civil, de ahí el problema que implica utilizar el concepto de comercio como sinónimo de acto de comercio.

Por esta razón, para definir al acto de comercio, es necesario utilizar un criterio formal en lugar de un criterio material. Con base en un criterio formal, el acto de comercio puede ser definido como el acto jurídico calificado como mercantil por la ley.²⁹

En el mismo sentido el Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), proporciona una definición de acto de comercio que aunque breve, nos parece correcta y esta

²⁸ VÁZQUEZ DEL MERCADO Oscar. *Contratos Mercantiles*, 13ª Edición, Porrúa, México, 2004, pág. 46.

²⁹ DÁVALOS TORRES María Susana. Ob. Cit. Pág. 49.

es la siguiente: “Denominase “acto de comercio” a la expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil.”³⁰

De la definición anterior, tenemos: 1) asevera que es una voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos, por lo que podemos inferir que se refiere a la manifestación de una voluntad humana consciente y que tiene por objeto el que se produzcan consecuencias de Derecho, es decir, se quiere que surja una nueva situación, 2) que esa manifestación de voluntad para que sea considerada un acto de comercio tiene que originar una consecuencia jurídica inherente a la regulación de la legislación mercantil o en el ámbito del Derecho Mercantil.

Se debe de establecer que no hay una definición que nos indique de manera particular al acto de comercio, por lo que los doctrinarios han realizado una clasificación de los mismos, partiendo como base la enunciación que realiza el Código de Comercio, es así como el Maestro Genaro Góngora Pimentel señala “I. Denomínese “acto de comercio” a la expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil.”³¹

Posteriormente el citado autor realiza la siguiente aclaración “Estos actos se encuentran expresamente reglamentados de manera enunciativa, que no taxativa, en dicha regulación mercantil.”³²

1.5.3. Intermediación y especulación.

Diversos autores sostienen que hay dos elementos intrínsecos al acto de comercio y estos son: 1) la intermediación o intermediación en el cambio y 2) la

³⁰Diccionario Jurídico Mexicano. Ob.Cit. pág. 92.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

especulación comercial, por lo que a continuación analizaremos estos elementos del acto de comercio.

La intermediación en el cambio implica que lo que se intercambia no es para uso o consumo personal, pues el beneficio que se busca en las transacciones comerciales sólo es posible a través del intercambio sucesivo para aprovechar las variaciones en el precio. Como consecuencia, la intermediación en el cambio implica la interposición de un tercero entre el productor de un bien o servicio y el consumidor final para facilitar el intercambio entre estos dos.

La intermediación en el cambio no es una nota característica de los actos civiles porque al tratarse de actos que se realizan con una finalidad de uso o consumo personal, el intercambio se agota con el acto mismo pues no hay intercambios sucesivos. Esto no quiere decir que no sea posible un intercambio posterior en derecho civil como frecuentemente sucede con los bienes que no se agotan con su uso o consumo (por ejemplo, un automóvil) pero el intercambio sucesivo no es lo que motiva al acto civil.³³

La especulación está íntimamente ligada al lucro y va de la mano de la ganancia, pero la especulación no es sinónimo de lucro ni de ganancia. La especulación consiste en la obtención de una ganancia con base en las variaciones en los precios de compra y venta; las variaciones en los precios de compra y venta implican a su vez un riesgo (posibilidad de una pérdida) pues a mayor variabilidad mayor será la ganancia esperada pero mayor será el riesgo de pérdida.³⁴

Por su parte Vásquez del Mercado menciona: “El acto de comercio se considera aquel en que la intervención de un sujeto comerciante implica una intermediación en el cambio de los bienes, con la intención de obtener un

³³ DÁVALOS TORRES María Susana. Ob.Cit., Pág. 54.

³⁴ Íbidem. Pág. 52.

provecho, esto es, un lucro. La intermediación se da en la actividad del comercio, practicada de un modo estable con el propósito profesional de la especulación, lo que significa la presencia de un comerciante en la ejecución de los actos mercantiles”; el mismo autor aclara que “Esto sería correcto, siempre y cuando los comerciantes fuesen los únicos que realizasen actos de comercio. Originalmente las leyes mercantiles fueron esencialmente para los comerciantes, y esta categoría daba la calidad a los actos de comercio”.³⁵

Por lo anterior podemos concluir, que actualmente para determinar si un acto es de comercio, no es posible hacerlo únicamente en función de la intermediación y la especulación, ya que incluso podría darse el caso de que en un acto faltaran dichos elementos, y sin embargo, éste tuviera el carácter de mercantil, en atención a otras circunstancias; por lo anterior, es indiscutible que actualmente los elementos de intermediación y especulación no determinan que un acto sea o no de comercio.

1.5.4. Clasificación del acto de comercio.

Las notas características que han sido identificadas por la doctrina mercantilista no han sido suficientes para distinguir a los actos de comercio, particularmente cuando se trata de determinar la ley aplicable.

Según el maestro Roberto Mantilla Molina, existen actos esencialmente civiles, absolutamente mercantiles y de mercantilidad condicionada, a continuación explicaremos según el criterio de dicho autor, en que consiste cada uno de ellos:

1.5.4.1.- Actos esencialmente civiles.

De acuerdo con este autor, para distinguir a los actos de comercio, es necesario primero descartar a los actos jurídicos que son esencialmente civiles.

³⁵ VÁZQUEZ DEL MERCADO Oscar. ob. cit. Págs. 46 y 47.

Dichos actos son aquéllos que sólo están regulados por el derecho civil, nunca por el derecho mercantil.

Los actos esencialmente civiles están regulados sólo por el derecho civil porque no implican actos de intercambio de bienes o servicios, sino actos jurídicos que tienen como base derechos personalísimos (no pueden renunciarse a ellos, tampoco transmitirse ni enajenarse ni embargarse). Estos actos se refieren a los comprendidos por el derecho familiar y el derecho sucesorio.

1.5.4.2.- Actos absolutamente mercantiles.

En segundo lugar, están los actos absolutamente mercantiles. Estos actos son aquéllos que están regulados sólo por el derecho mercantil, nunca por el derecho civil; dicho en otras palabras, son aquéllos actos que sólo están regulados por el Código de Comercio o alguna de las leyes mercantiles especiales y no es posible encontrar disposición alguna relativa a estos actos en la legislación civil.

Por ejemplo, el contrato de seguro es un acto jurídico que siempre ha estado regulado por el derecho mercantil, primero en el Código de Comercio y posteriormente en la Ley sobre el Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. El contrato de seguro nunca ha estado regulado por el Código Civil. Por lo tanto, de acuerdo con esta clasificación, el contrato de seguro es un acto absolutamente mercantil.

1.5.4.3.- Actos de mercantilidad condicionada.

En tercer lugar están los actos de mercantilidad condicionada. Estos actos de alguna manera están regulados tanto por la legislación civil como por el Código de Comercio o alguna de las leyes mercantiles especiales; en otras palabras, son aquéllos actos para los que existe una doble regulación. Por ejemplo, el contrato

de compraventa está regulado tanto por el Código Civil como por el Código de Comercio.

Para el maestro Mantilla Molina, estos actos pueden ser principales o accesorios de comercio.

Los actos principales de comercio son aquéllos de cuya eficacia no depende la existencia y validez de otro acto jurídico. Según el maestro Mantilla Molina, hay tres elementos que determinan la mercantilidad de estos actos jurídicos: el sujeto, el fin o motivo y el objeto.

a) Sujeto.

Los actos de mercantilidad condicionada por el sujeto son aquellos actos jurídicos en los que la ley requiere que intervenga un comerciante para que sea mercantil.

Por ejemplo, el contrato de depósito está regulado tanto por el derecho civil como por el derecho mercantil. El contrato de depósito bancario es mercantil, no sólo porque está regulado por leyes mercantiles especiales, específicamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sino porque para que sea depósito bancario es necesario que el depositario sea una institución de crédito, considerada por la ley como comerciante.

b) Fin o motivo.

Los actos de mercantilidad condicionada por el fin o motivo son aquellos actos jurídicos en los que el fin de lucro determina que les sean aplicadas leyes mercantiles.

Por ejemplo, como ya mencionamos, el contrato de compraventa está regulado tanto por el derecho civil como por el derecho mercantil. En una compraventa de un automóvil entre dos personas cuyo único propósito es el uso o consumo personal, será aplicable la legislación civil. Por el contrario, si se trata de una compraventa de un automóvil entre un productor de automóviles y un distribuidor, la transacción ha sido realizada con fines de obtener una ganancia no sólo porque habrá un excedente que beneficie al vendedor, sino porque el comprador, realiza la operación con la finalidad de revender el automóvil y obtener de esa operación una ganancia. El distribuidor no ha comprado el automóvil con el fin de usarlo personalmente. En este caso, son aplicables las disposiciones del Código de Comercio en lo relativo a la compraventa.

c) Objeto.

Por último, los actos de mercantilidad condicionada por el objeto son aquellos actos jurídicos que recaen sobre una cosa mercantil, como lo son los títulos de crédito y los buques. Por ejemplo, la compraventa, como ya mencionamos, está regulada tanto por el derecho civil como por el derecho mercantil.

Cuando en la compraventa se transmite la propiedad de un título de crédito a cambio de un precio determinado, sólo por recaer en un título de crédito, el cual está considerado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como cosa mercantil, se trata de un acto de comercio.³⁶

1.5.4.4.- Por su naturaleza.

Existen diversas clasificaciones del acto de comercio, entre las que se encuentra la que lo hace de conformidad con la naturaleza del acto, es decir,

³⁶ DÁVALOS TORRES María Susana. Ob. Cit. Págs. 56-57.

atendiendo a la esencia del mismo, ésta teoría se divide en dos vertientes, atendiendo a su objetividad y subjetividad el acto será o no de comercio.

Actos de comercio de naturaleza objetiva.

Esta teoría señala que un acto tendrá la denominación de mercantil, cuando la ley le confiera dicho carácter, con plena independencia de que quien lo realice sea o no un comerciante. Al respecto Díaz Bravo, menciona: “El Derecho Mercantil surgió y se mantuvo con un carácter marcadamente subjetivo hasta principios del siglo XIX, en que el Código de Comercio francés de 1807, que en lo sustancial conserva vigencia, vino a objetivizar el comercio y con ello dejar sentado que ciertos actos (arts. 632 y sigs.), deberían reputarse mercantiles per se, vale decir, independientemente de que quien los realice sea o no comerciante, y por el contrario, atribuye la calidad de comerciantes a quienes realicen actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual.”³⁷

En ese mismo orden de ideas, el Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, menciona: “A principios del siglo XIX se abandona ese carácter subjetivo con el nacimiento de los grandes Estados nacionales que asumen para sí la función legislativa mercantil, cuya columna vertebral se forma por los actos de comercio, por lo que al sistema mercantil que declara expresamente, como lo hace nuestro C.Co. en su a. 1º, Las disposiciones de éste código son aplicables sólo a los actos comerciales”, se le denomina objetivo, porque ya no se requiere ser comerciante para estar protegido por las leyes mercantiles, sino que basta que accidentalmente, con establecimiento fijo o sin él, una persona realice una operación o un acto de comercio, para quedar sujeto a las leyes mercantiles (a. 4º, C.Co.). De manera tal que los actos cuya mercantilidad proviene de la ley, independientemente de las personas que los realicen, se les denomina objetivos.”³⁸

³⁷ DÍAZ BRAVO Arturo. *Derecho Mercantil*, 1ª reimpresión, Editores Lure, México, 2006, pág. 45.

³⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Ob cit., pág. 93.

Por su parte César Vivante preceptúa que el acto de comercio es de naturaleza objetiva: "(...) porque el legislador los ha considerado como mercantiles atendiendo a su naturaleza y no a la persona que los efectúa; en otros términos, porque conservan su carácter comercial aun cuando sean realizados por quien no fuere comerciante."³⁹

La teoría de la naturaleza objetiva, no requiere mayor explicación al respecto, ya que éste debe entenderse en el sentido de que el acto de comercio lo será per se, es decir, porque alguna ley mercantil le de ese carácter, sin que para ello tenga injerencia si éste es o no efectuado por la persona a quien la ley considera comerciante en el ejercicio habitual de sus actividades.

Actos de comercio de naturaleza subjetiva.

Respecto a ésta clasificación, el Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM menciona: "Esta categoría tiene una explicación jurisdiccional, i.e., en la Edad Media, época de las primeras codificaciones comerciales, las controversias de los comerciantes se dirimían ante el tribunal consular nacido en el seno de las corporaciones de los mismos, sin injerencia de la autoridad estatal, y es materia de comercio todo negocio jurídico regulado por las leyes particulares de los comerciantes consistentes en un conjunto de reglas para su gobierno y para las transacciones que podían realizar, cuyo contenido proviene de los usos y las costumbres, por lo que se decía que era un derecho subjetivo, personal y privilegiado."⁴⁰

César Vivante, define al acto de comercio de naturaleza subjetiva de la siguiente forma: "Actos subjetivos de comercio.- Son aquellos a los cuales la ley

³⁹ VIVANTE César. Ob cit. Pág. 43.

⁴⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. Pág. 93.

atribuye carácter mercantil, porque son realizados por comerciantes.”⁴¹, concepto que a pesar de ser lacónico, es muy preciso.

De lo anterior, podemos concluir que la clasificación hecha del acto de comercio por su naturaleza subjetiva, es decir, porque quien ejecuta el acto debe ser comerciante, tiene su explicación en los albores del Derecho Mercantil de la Edad Media, es decir, en la época codificadora y el establecimiento de los tribunales consulares, que dirimían las controversias surgidas entre los comerciantes, clasificación que ha sido rebasada, ya que en la actualidad no es posible definir al acto de comercio en razón de quien lo ejecute sea un comerciante en ejercicio de su actividad, puesto que hay muchos otros actos que aún cuando no intervenga un comerciante no por ello dejan de tener carácter mercantil y ser reputados actos de comercio.

Actos de comercio absolutos.

El Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los define de la siguiente forma: “Se denominan de ésta manera en virtud de que son siempre mercantiles y se subdividen en atención al sujeto que los realiza; al objeto en torno al cual se realizan y a la forma que para determinados actos exige la ley.”⁴²

De lo anterior se llega a la conclusión de que, conforme a ésta clasificación un acto será considerado comercial en atención a tres aspectos fundamentales: 1) Que el acto lo realice un comerciante; 2) Que el objeto sobre el que recaiga dicho acto tenga carácter eminentemente mercantil y 3) Por que el acto se lleve a cabo de conformidad con los lineamientos o directrices establecidos en las leyes mercantiles.

⁴¹ VIVANTE César. Ob. cit. Pág. 47.

⁴² Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit. Pág. 93.

Actos de comercio absolutos por el sujeto.

Como su nombre lo indica, los actos de comercio absolutos por el sujeto, son aquellos en los que interviene una persona ya sea física o moral que la ley considere comerciante, que de conformidad con el contenido del artículo 3º del Código de Comercio lo serán: 1) Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; 2) Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; y 3) Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Actos de comercio absolutos por el objeto.

En relación a ellos, el Diccionario Jurídico del citado Instituto, establece: “La mercantilidad de estos actos se deriva del objeto sobre el que recae la voluntad de las partes, por lo que en ésta categoría se comprenden a las negociaciones sobre cosas mercantiles, i.e., buques, empresas, títulos de crédito (a. 1º., LGTOC), patentes y marcas, el nombre comercial, el emblema, el rótulo y demás signos distintivos de mercancías o del establecimiento, las partes sociales, las cartas de porte, la póliza de fletamiento, la póliza de seguros, etc. Igualmente se comprenden todos los contratos relativos a la navegación, interior y exterior (a. 75, fr. XV, C. Co.) y, por último, las operaciones sobre petróleo y gas (a. 12, Ley del Petróleo).⁴³

La presente clasificación de los actos de comercio absolutos por el objeto no requiere mayor explicación, que la proporcionada por la definición citada en el párrafo precedente, que a grosso modo se refiere a que la voluntad de las partes, recaiga sobre un objeto de carácter eminentemente mercantil por disposición de la ley.

⁴³ Idem.

Actos de comercio absolutos por la forma.

Según el multi-referido Diccionario Jurídico “Existen actos acerca de los cuales la ley exige determinada forma para calificarlos de mercantiles, por lo que en ésta clasificación se comprenden los actos constitutivos de las sociedades mercantiles, ya que si una sociedad se constituye en forma distinta a como la ley lo exige, no será mercantil, ni los actos que intervienen en su constitución son de comercio (aa. 1º y 4º, LGSM). Asimismo, se comprenden los derechos incorporados en los títulos de crédito, ya que si los mismos no reúnen las menciones literales que la ley exige, no se considerarán como tales”.⁴⁴

Debemos entender los actos absolutos por la forma, como aquellos en los que se externa una voluntad humana consciente, que produce efectos y consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho mercantil, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos que la ley ordena para ello.

Actos de comercio de acuerdo con la noción económica.

En relación al tema, Felipe J. Tena refiere que “entre los actos relativamente comerciales figuran en primera línea los que responden a la noción económica del comercio, y son los comprendidos en las fracciones I, II y XIV del artículo 75.

La primera hallase formulada de este modo: La Ley reputa actos de comercio todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados.

He aquí consagrada por nuestro ordenamiento positivo la definición científica que hemos dado acerca del acto de comercio, punto en que coinciden el

⁴⁴ Ibid. Pág. 93-94.

concepto legal y el económico. Es claro, en efecto, que los actos a que la fracción se refiere, no son más que contratos onerosos por los que se adquiere la propiedad o el goce de una cosa con el propósito de especular mediante la transmisión de lo adquirido, y contratos por los que la transmisión se lleva a efecto.”⁴⁵

Al respecto cabe mencionar de nueva cuenta, que el acto de comercio no se refiere únicamente al tráfico de mercancías, pues existen otros actos diversos que también son considerados actos de comercio y que también llevan inmerso un contenido de índole económico.

1.5.4.5.- Actos de comercio derivados de una empresa.

En relación al tema Felipe J. Tena manifiesta que: “El carácter mercantil de las empresas comprende, así los actos creadores y constitutivos de las mismas, como los actos de su explotación y funcionamiento, y sin que quepa distinguir en cuanto a los segundos las operaciones pasivas, por las que la empresa se proporciona materias primas, máquinas, obreros, etc., de las operaciones activas, por las que realiza sus productos, “porque la empresa como dice Vivante, es un organismo indivisible jurídica y económicamente”.⁴⁶

Es pertinente comentar que de acuerdo con nuestro Código de Comercio los actos que realicen las empresas (término económico), serán de carácter mercantil, por lo que todos los actos que se realicen desde su creación y hasta su liquidación tendrán el carácter de actos de comercio.

⁴⁵ TENA Felipe de J. *Derecho Mercantil Mexicano*, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 63.

⁴⁶ IBIDEM. pág. 82-83.

CAPÍTULO 2

GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS

2.1.- Concepto de obligación.

La obligación es un lazo de derecho por el cual una persona es compelida a hacer o no hacer alguna cosa a favor de otra.⁴⁷

Justiniano en las Institutas la define de la forma siguiente: “*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*”, lo que traducido significa “La obligación es un vínculo de Derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”.

El Derecho francés la define como: “La relación jurídica entre dos personas gracias a la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta a otra llamada acreedor a una prestación”.⁴⁸

Por lo anterior, podemos concluir que obligación es la facultad que tiene una persona denominada acreedor de otra denominada deudor una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer determinada cosa.

⁴⁷ PLANIOL Marcel “et al.”. *Derecho Civil*, Editorial Oxford University Press, primera serie, volumen 8, México, 2003, Pág. 613.

⁴⁸ MEJÁN CARRER Luis Manuel C. *Obligaciones civiles*, Oxford University Press, México, 2005, Pág. 1.

2.1.1.- Fuentes de las obligaciones.

Antes de mencionar cuales son las fuentes de las obligaciones, tenemos que establecer que entendemos por fuente, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define fuente como “Principio, fundamento u origen de algo”,⁴⁹ por lo anterior, debemos entender el concepto de fuente de las obligaciones como el origen de las obligaciones, es decir, la causa por las que estas surgen al ámbito jurídico.

2.1.2.- Clasificación en el Derecho Romano.

El Derecho Romano clásico, reconocía como fuentes de las obligaciones el contrato, el delito y la Ley.

Pero además se consideraba que había actos o hechos que no podían caer por no reunir los requisitos ni en los contratos ni en los delitos, pero que eran muy parecidos a éstos, como de un contrato: cuasi contrato (quasi ex contractu) y como un delito: cuasi delito (cuasi ex maleficio), pero que no alteraban la división tripartita: contrato, delito y Ley.⁵⁰

2.1.3.- Clasificación en la doctrina francesa.

La doctrina unánimemente acepta que en el derecho francés existen cinco distintas fuentes de las obligaciones: 1. Los contratos; 2. Los cuasi-contratos; 3. Los delitos; 4. Los cuasi-delitos; y 5. La Ley.

Los contratos son convenciones productivas de obligaciones.

⁴⁹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=FUENTE 17 de Octubre de 2011 a las 18:57 horas.

⁵⁰ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Teoría General de las Obligaciones*, 1ª edición, McGraw-Hill, México, 2007, pág. 123.

Los cuasi-contratos son hechos lícitos y voluntarios que difieren de los contratos en que excluyen el acuerdo de voluntad, que forma la convención.

Los delitos y los cuasi-delitos difieren de las dos fuentes anteriores en virtud de ser hechos ilícitos. La Ley los hace producir obligaciones cuando causan un daño a tercero; impone a su autor la obligación de reparar el mal causado. Por tanto, pueden definirse como actos ilícitos y perjudiciales para terceros. Por otra parte, los delitos difieren de los cuasidelitos en que son ejecutados conscientemente y con intención de dañar, en tanto que los cuasidelitos excluyen esta intención y suponen que el daño ha sido causado por inexperiencia o negligencia, y que ha sido intencional.⁵¹

2.1.4.- Clasificación de las fuentes de las obligaciones según algunos tratadistas del Derecho Civil.

TESIS DE PLANIOL.

Para Planiol, las fuentes de las obligaciones se reducen a dos: el contrato y la Ley, absorbiendo ésta al cuasi-contrato, al delito y al cuasi-delito.

COLIN Y CAPITANT.

Clasifican las fuentes de las obligaciones, de la manera siguiente: 1º, el contrato; 2º, la promesa unilateral; 3º, los actos ilícitos; 4º, el enriquecimiento injusto; 5º, la gestión de negocios.

JOSSERAND.

Joserrand distingue cuatro grandes fuentes de obligaciones: "1º Los actos jurídicos, los cuales se subdividen en contratos y en promesas unilaterales (actos

⁵¹ PLANIOL Marcel "et al.".Ob cit. Pág. 767.

de formación unilateral), 2º Los actos ilícitos (delitos y cuasi delitos), 3º El enriquecimiento sin causa, 4º La Ley.

BONNECASE.

La conclusión de Bonnecase citado por Manuel Borja Soriano, es que “La Ley puesta en movimiento por el acto jurídico y el hecho jurídico, es la única fuente de las obligaciones”.⁵²

En nuestra opinión la tesis de Bonnecase es la correcta, puesto que no puede haber obligación jurídica si la ley no le da ese carácter, independientemente de la denominación que se le dé o de la forma en que surja, ya que aún cuando algunas obligaciones nacen de la voluntad de las partes, la ley debe reconocer su eficacia jurídica atendiendo a distintos supuestos principalmente el de la licitud.

2.2.- Concepto de convenio.

El código civil distingue entre convenio y contrato, pues considera a éste la especie y a aquél el género: “convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” (artículo 1792 del Código Civil Federal), y contratos son “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos” (artículo 1793 del Código Civil Federal).

Esta distinción tiene su antecedente en el Código Civil francés que distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación. A manera de ejemplo observa Pothier, cuyas ideas inspiraron en gran parte a dicho ordenamiento, menciona que hay acuerdo de voluntades y no existe contrato, en la promesa que hace el padre a su hijo de recompensarle con un viaje el éxito en

⁵² BORJA SORIANO Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, 19ª edición, Porrúa, México, 2004, págs. 389-390.

sus estudios, dado que en rigor no se crea una obligación jurídica a cargo de dicho progenitor.

Sin embargo, la mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil Italiano la ha eliminado (Art 1321) nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato.⁵³

2.3.- Concepto de contrato.

El contrato es un acto jurídico y como tal, es un acto de voluntad de las partes que en él intervienen. Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí, relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o *consentimiento*, lo que constituye propiamente, el elemento esencial del contrato.⁵⁴

En el derecho positivo mexicano, existe una distinción entre el convenio y el contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, sin perder de vista que ambos son a su vez, especies de actos jurídicos.

El convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones.⁵⁵

⁵³ SÁNCHEZ MEDAL Ramón. *De los contratos civiles*, 17ª edición, Porrúa, México, 1999, pág. 4.

⁵⁴ GALINDO GARFIAS Ignacio. *Teoría general de los contratos*, Porrúa, México, 1996, pág. 67.

⁵⁵ ZAMORA Y VALENCIA Miguel Ángel. *Contratos civiles*, Porrúa, México, 1981, pág. 21.

La convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.⁵⁶

De lo anterior, podemos concluir que el contrato es el acuerdo de voluntades hecho por dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

2.3.1.- Elementos de existencia en los contratos.

Los elementos de existencia, esenciales o estructurales del contrato, son el consentimiento, el objeto y excepcionalmente la solemnidad.⁵⁷

Artículo 1794 del Código Civil Federal.- Para la existencia del contrato se requiere:

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

2.3.1.1.- Consentimiento.

Los contratos como negocios jurídicos, son plurisubjetivos, o más claramente calificados a propósito, son pluripersonales, es decir, en virtud del acuerdo habido en su estructura, requieren para ésta, dos o más voluntades cuya proyección coincidente integra el consentimiento.

Los contratos no se integran con una sola voluntad, su primer elemento esencial no es una simple manifestación de voluntad, su integración requiere dos

⁵⁶ PLANIOL Marcel "et al.".Ob cit., pág. 767.

⁵⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. *Contratos civiles*, 5ª edición, Porrúa, México, 1998, pág. 21.

o más voluntades coincidentes y cuya concurrencia es calificada como consentimiento.⁵⁸

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades manifestado en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El consentimiento puede manifestarse en forma expresa o tácita.⁵⁹

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Éste debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato.

Se define al consentimiento como un acuerdo de voluntades que implica la existencia de un interés jurídico; en el caso particular del contrato, ese interés consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales.

En la formación del consentimiento, nos encontramos siempre con una oferta o policitud, nombre que se le da a la proposición de celebrar un contrato, y con un asentimiento o conformidad con dicha oferta, que se denomina aceptación, a la persona que formula la oferta se le llama oferente, proponente o policitante, y a la que otorga la aceptación, aceptante.⁶⁰

Formas que puede revestir la manifestación del consentimiento.

De conformidad con el artículo 1803 del Código Civil Federal, el consentimiento puede ser expreso o tácito; el primero se manifiesta por escrito, verbalmente o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o actos que lo

⁵⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo. *Derecho civil. Teoría del contrato, Contratos en particular*, Porrúa, México, 2000, pág. 22.

⁵⁹ CHIRINO CASTILLO Joel. *Contratos, Porrúa, México, 2007, Pág. 6.*

⁶⁰ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*, 6ª edición, McGraw Hill, México, 2002, págs. 9 -10.

presupongan o autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que, por la ley o por convenio, la voluntad de las partes deba manifestarse expresamente.⁶¹

De lo anterior, concluimos que la manifestación de voluntad de las partes concurrentes debe exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables.

2.3.1.2.- Objeto.

El objeto del contrato puede analizarse de acuerdo a dos categorías distintas: el objeto jurídico y el material. A su vez el objeto jurídico se divide en directo e indirecto.

El objeto jurídico directo es la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Al respecto debemos recordar que el contrato es una fuente de obligaciones y como tal, crea obligaciones.

El objeto jurídico indirecto del contrato es el objeto directo de la obligación, esto es, el dar, hacer o no hacer.

Ahora bien el objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse.⁶²

Para Domínguez Martínez, el objeto del contrato es la creación (producción en términos de nuestra ley civil) o transmisión (transferencia también según dicha ley) de derechos (reales) o de obligaciones y puntualiza los aspectos siguientes:

⁶¹ Ídem.

⁶² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. *Contratos civiles*, 9ª edición, Porrúa, México, 2003, pág. 26.

PRIMERO.- En efecto, para la doctrina existe el doble objeto señalado; uno directo del contrato consistente en las consecuencias jurídicas indicadas y otro el indirecto, la cosa o el hecho positivo o negativo; para nuestro Código, por su parte, con su reconocimiento, pero sin mención expresa de lo anterior, el indirecto doctrinal, o sea, la cosa o el hecho indicados, son los que conforme al propio ordenamiento tienen el carácter de objeto del contrato.

SEGUNDO.- La postura legal, de una tradición considerable, hace participar en el contrato, como algo integrante, a una cosa, la que en realidad tiene existencia independiente a la del contrato mismo y más bien es el objeto sobre el que recaen los efectos o consecuencias jurídicas de aquel.

TERCERO.- Un aspecto por demás interesante que bien merece la pena detenerse en él, pues ha dado lugar a una serie de interpretaciones y aplicaciones prácticas constantes, inexactas en ocasiones, es el relativo a subrayar lo considerado por la ley como objeto del contrato y en su caso la respectiva prestación relacionada con ello, para poner de manifiesto la irrealidad jurídica de un cuarto tipo de prestación, que sería la de “no dar”, no obstante así pactada frecuentemente en especial cuando un acreedor cuyo crédito está garantizado con una hipoteca sobre un inmueble, impone al deudor hipotecario del caso, la obligación de no vender el bien hipotecado si no es con su autorización expresa.⁶³

Características del objeto directo.

El objeto directo del contrato debe ser jurídicamente posible, lo cual se traduce en que no exista alguna disposición legal que sea un obstáculo insalvable para que tenga lugar la creación o transmisión de derechos u obligaciones en la que dicho objeto consiste.⁶⁴

⁶³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE ALFREDO. Ob. cit., pág. 61.

⁶⁴ Ibídem. Págs. 63 -64.

Características del objeto indirecto.

El objeto indirecto, está representado por la cosa, el hecho o la abstención; es decir, la prestación positiva o negativa; de ahí que el artículo 1824 del Código Civil Federal declara: “Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar. II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

Prácticamente esto (cosa, hecho o abstención), es el objeto directo de la obligación, pero, como el contrato origina la obligación y el objeto de esta es la cosa, el hecho o la abstención, el legislador lo establece como el objeto del contrato.⁶⁵

Requisitos en las obligaciones de dar (características de la cosa).

En consideración a lo establecido por el artículo 1825 del Código Civil Federal, por lo que se refiere a la cosa, como objeto indirecto del contrato, su posibilidad debe ser tanto física como jurídica.

Dicho preceptos (sic) del texto siguiente:

“Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza; 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º Estar en el comercio”

Como objeto del contrato una cosa es físicamente posible si existe en la naturaleza; es jurídicamente posible si es determinada o determinable en cuanto a su especie y si está en el comercio.

Los requisitos anteriores son muy obvios ya que la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza en el presente o en lo futuro, debe ser determinada o

⁶⁵ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. Ob. Cit. Pág. 16.

determinable entendiendo esto de manera simplista como el mínimo de características que la individualicen y debe estar en el comercio, es decir, no debe haber prohibición expresa que prohíba su comercialización.

Existencia en la naturaleza.

Respecto de la señalada existencia en la naturaleza, admite excepción, la que está prevista en la primera idea contenida en el artículo siguiente al citado, según el cual “las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato”.

La cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

Este requisito de la determinación interesa, en grado sumo tanto al deudor como al acreedor. Ahora bien, existen tres clases de determinación: individual, en especie y en género.

Determinación individual.

Se presenta cuando la cosa posee características particulares de manera que se pueda distinguir de cualquier otra.⁶⁶

La ley pretende la mayor especificación posible respecto de la materia de un contrato; inclusive, la determinación individual es la ideal, por la fijación particular de una cosa que implica hacerla única, sin que haya otra reemplazante por idéntica. Sin embargo, no es esta determinación individual una exigencia constante e ineludible en la contratación; la determinación en cuanto a la especie ya satisface los requerimientos estructurales del caso.⁶⁷

⁶⁶ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. Ob. Cit. Pág. 18.

⁶⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo. Ob. Cit. Pág. 67

Determinación en género.

Se entiende por género un conjunto de bienes que presentan ciertos caracteres comunes. El concepto “género” está constituido por grupos de individuos o de cosas que presentan uniformidad conceptual, atendiendo a sus caracteres propios.⁶⁸

Determinación en la especie.

La determinación de la cosa en cuanto al género no alcanza la concreción exigida por la ley para los efectos señalados, pues adolece de una vaguedad tal, que hace el (sic) que la cosa quede insuficientemente particularizada. Por ello precisamente el requisito se da si la cosa es determinada o determinable en cuanto a su especie.

En efecto, la determinación individual de la cosa le da un señalamiento exacto, por su unicidad y ello facilitará una armonía contractual mayor, pues nada sería cuestionable respecto de la materia del contrato, pero por contra, debemos reconocer que por una parte limitaría las posibilidades de contratar y en segundo término las partes pueden quedar suficientemente vinculadas por la determinación de la cosa en cuanto a su especie.⁶⁹

2.3.2.- Requisitos de validez.

Existen ciertos requisitos para que un contrato sea válido y surta plenamente sus efectos jurídicos, dichos requisitos se obtienen haciendo una interpretación a contrario sensu del contenido del artículo 1795 del Código Civil Federal, precepto legal que es del tenor siguiente:

⁶⁸ GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob cit., Pág. 135.

⁶⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo. Ob. Cit, pág. 67.

Artículo 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 objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Por lo anterior, tenemos que los requisitos de validez el contrato son: capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, objeto, motivo o fin lícito y forma, a continuación analizaremos cada uno de ellos.

Capacidad.

La capacidad jurídica es la aptitud para adquirir derechos y obligaciones y ejercitarlos. Este concepto implica dos grados que corresponden a la capacidad de goce y a la capacidad de ejercicio.⁷⁰

La de goce es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones,⁷¹al respecto Treviño García menciona que, la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, la tiene todo individuo por el hecho de ser persona.

La capacidad de ejercicio es la posibilidad de la persona para actuar, ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y cumplirlos por sí misma, sólo la tienen los que han llegado a la mayoría de edad y están en pleno uso de sus facultades mentales.⁷²

⁷⁰ CHIRINO CASTILLO Joel. *Ob Cit. pág. 8.*

⁷¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. *Ob. Cit. Pág. 29.*

⁷² TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades, Pág.41.*

Ausencia de vicios en el consentimiento.

El consentimiento debe darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona como en el objeto y en las formalidades del contrato.⁷³

Los vicios del consentimiento son: error, dolo, mala fe y violencia; algunos autores agregan la lesión.⁷⁴

El error es una creencia contraria a la verdad; es un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad, a diferencia de la ignorancia que es la falta de conocimientos.

El error se puede clasificar en obstáculo, nulidad e indiferente.

Error obstáculo.

El error obstáculo impide que el contrato nazca por falta de consentimiento el error puede recaer sobre: la identidad de la persona en los contratos *intuitu personae*; la identidad en el objeto; la naturaleza del contrato.

Error nulidad.

El error nulidad puede ser de hecho o de derecho y provoca la nulidad relativa, cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad.

El error de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato.

⁷³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. Ob. Cit. Pág. 32.

⁷⁴ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*, Pág.27.

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 (causa eficiente).

Error indiferente.

El error indiferente o llamado también aritmético recae sobre las cualidades secundarias del objeto material del contrato.⁷⁵

Dolo.

Este tipo de conducta se configura cuando una persona emplea cualquier sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él a cualquiera de los contratantes.⁷⁶

Mala fe.

Se entiende por mala fe “la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”. Esto es, cuando a una persona no se le saca de su error y se permite que continúe en él.⁷⁷

⁷⁵ *Ibíd*em, pág. 33-34.

⁷⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. *Ob. Cit.* Pág. 34.

⁷⁷ *Ídem*.

Violencia.

Para definir que se entiende por violencia como vicio de la voluntad, nos parece no hay nada más acertado que la descripción contenida en el artículo 1819 del Código Civil Federal, precepto legal que es del tenor siguiente:

“Artículo 1819.- 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.”

Por lo anterior podemos decir, que hay violencia cuando se coacciona a una persona por medio de fuerza física o amenazas respecto de ella misma o de una persona con las que tenga relación de parentesco haciéndola actuar de forma contraria a su voluntad.

Lesión.

Al respecto el Código Civil Federal en su artículo 17 establece lo siguiente:

“Artículo 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obteniendo un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.”

La lesión surge como medio legal para evitar que una persona diestra en la contratación abuse de otra que no posea pericia al contratar ya sea por su ignorancia, por su impericia al contratar por no hacerlo habitualmente o por el estado económico en el que se encuentre.

Licitud.

De conformidad con el artículo 1830 del Código Civil Federal, el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Por otro lado el artículo 8º del Código referido dispone:

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

A este respecto podemos clasificar las leyes en: permisivas, que son las que suplen la voluntad de las partes; prohibitivas que limitan la actuación de los particulares por ir en contra del interés general; y, perceptivas que son las que interesan más a la sociedad que a los particulares como por ejemplo las leyes constitucionales, administrativas, penales, procesales, etcétera.

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,⁷⁸ pues de lo contrario la sanción legal es la nulidad de dichos actos.

2.4.- Normas que rigen al contrato.

Estas se refieren a las reglas que rigen la actividad contractual, es decir, son los lineamientos o requisitos que deben seguirse al celebrar un contrato. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, las menciona de forma muy puntual:

⁷⁸ Íbidem. Pág. 36.

“1.Las normas taxativas conocidas también como leyes preceptivas, imperativas y prohibitivas, determinan obligatoriamente el contenido y alcance del contrato, sea por leyes ordinarias, reglamentarias o por medio de reglamentos administrativos. Así el artículo 8º dispone:

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

“2. Las normas individuales o *lex contractus* 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. La *lex contractus* tiene su base en los artículos 1796 y 1858 del Código Civil Federal (...).

“3. Las normas supletorias o permisivas que complementan la voluntad de las partes. Así el Código Civil Federal establece:

“Artículo 6º. – La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

“Artículo 7º. – La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

“Artículo 1839. – Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”⁷⁹

⁷⁹ Íbidem, pág. 8 -9.

2.5.- El contrato y la autonomía privada.

El acuerdo de voluntades requiere para su validez, libertad para contratar y libertad para estipular el contenido del contrato. La autonomía privada comprende ambos aspectos.

Este poder jurídico que el derecho objetivo atribuye a los particulares para decidir libremente sobre la celebración o no celebración del contrato y para convenir sobre el contenido del acto (libertad para estipular) requiere que el contrato sea el resultado de una libre determinación y discusión entre los contratantes.

Los límites de esa libertad contractual que constituyen la esencia de la autonomía de las partes son: a) el orden público, y b) el ámbito de lo lícito.⁸⁰

2.6.- El contrato como norma.

El objeto del contrato (objeto directo), es la creación de derechos y obligaciones entre las partes. Los contratantes quedan entre sí obligados con el fin de realizar la prestación que constituye el objeto indirecto del contrato.

La fuerza coercitiva del contrato deriva de que las partes al otorgarlo ejercen un poder atribuido a ellas por el ordenamiento coercitivo para crear derecho (normas obligatorias de conducta).

Si bien es verdad que las partes por propia decisión han convenido en pactar las obligaciones a su cargo, no basta la sola decisión de los contratantes para conferir fuerza de obligar al negocio jurídico concluido entre ellas; es preciso que el ordenamiento jurídico autorice a los particulares para crear derecho,

⁸⁰ GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. Pág. 74.

normas de conducta que presentan las notas de obligatoriedad o coercibilidad entre las partes.⁸¹

2.7.- La relación jurídica contractual.

Al conjunto de normas de conducta obligatorias entre las partes que genera se les llama relaciones contractuales.

La relación jurídica contractual es una relación obligatoria (objeto directo del contrato); es un elemento estructural que se distingue de la norma jurídica individualizada creada por medio del contrato. El vínculo jurídico impone a las partes una cierta conducta, la cual debe ser forzosamente cumplida conforme a las normas jurídicas individualizadas contenidas en las cláusulas del propio contrato.⁸²

2.8.- El principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.

En razón de la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, las partes pueden celebrar las convenciones que deseen, aun cuando no esté reguladas en la Ley, con la única condición de que estas sean lícitas.⁸³

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no contratos, al celebrarlos obran libremente y sobre su pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público.

⁸¹ Ibídem. Pág. 76.

⁸² Ibídem. Págs. 77 - 78.

⁸³ TREVIÑO GARCÍA Ricardo. Los contratos civiles y sus generalidades, Pág. 7.

Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido, sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esta autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual, bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha, del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes, y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia distributiva o conmutativa.⁸⁴

2.9.- Interpretación de los contratos.

Concepto.

En su connotación lingüística común u ordinaria la palabra “interpretación” significa indagar el significado de una expresión artística o intelectual o simplemente de un comportamiento humano. Es captar el sentido de una obra, de una palabra, de un signo.⁸⁵

Por ello, la interpretación de los contratos debe entenderse grosso modo como la labor de esclarecer y desentrañar la voluntad de las partes contratantes en el negocio jurídico celebrado.

El proceso de interpretación del contrato.

El trabajo que desarrolle el intérprete del contrato se dirige a esclarecer y precisar el contenido de lo estipulado por las partes, expresado en sus cláusulas, con la finalidad última de conocer los efectos que debe producir el convenio contractual.

⁸⁴ BORJA SORIANO Manuel. Ob. Cit. Pág. 123.

⁸⁵ GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. Pág. 203.

El objetivo fundamental del proceso de interpretación del contrato se dirige a conocer el contenido del acuerdo de voluntades que se coordinan en el negocio jurídico, lo cual constituye la razón de ser del contrato mismo.⁸⁶

La teoría de la voluntad declarada.

Conforme a esta teoría, llamada también de la declaración, el consentimiento de las partes contratantes se ha formado a partir de lo declarado por ellas (oferta y aceptación) al celebrar el contrato, la voluntad interna no tiene trascendencia desde el punto de vista estrictamente jurídico mientras no ha sido expresada o manifestada a través de las declaraciones de los contratantes.⁸⁷

Esta teoría nos parece la más acertada para interpretar la voluntad de las partes, ya que la interpretación debe hacerse objetivamente, es decir, de conformidad con las manifestaciones de las partes, puesto que es muy difícil o incluso imposible saber cuales eran los motivos subjetivos que llevaron a los contratantes a hacerlo en los términos plasmados en el contrato.

Teoría de la voluntad interna.

De acuerdo con los principios sustentados por la teoría de la voluntad interna – opuesta diametralmente a la teoría de la declaración – el objeto que persigue la labor de investigación no es conocer el significado de las palabras que contiene la cláusula, sino la voluntad o intención común de las partes; cómo se ha formado en el proceso volitivo de cada una de ellas.

Conforme a esta teoría, puesto que el consentimiento es elemento esencial del contrato y éste está formado por el acuerdo de voluntades, el intérprete debe investigar lo que las partes tuvieron en mente al consentir en obligarse.

⁸⁶ GALINDO GARFIAS Ignacio. Ob. Cit. Págs. 204-205.

⁸⁷ Ibidem, pág. 207.

En otras palabras, conforme a la teoría de la voluntad, la labor del intérprete se desarrolla como una investigación reconstructiva del pensamiento y de la intención de las partes. Todo ello ocurre en el ámbito interno del declarante y es previo a la declaración.

2.10.- Efectos del contrato.

Es de suma importancia entender la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones entre las partes contratantes, es decir, las consecuencias jurídicas o nuevas situaciones de Derecho que se originan entre las partes contratantes e incluso respecto a terceros, es decir, erga omnes.

Sánchez Medal dice que son cuatro los efectos derivados del contrato, mismos que son los siguientes:

- 1) LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO.- El primer efecto que produce el contrato consiste en su carácter obligatorio, o sea, que el acuerdo de voluntades de los contratantes tiene fuerza de ley entre las partes.
- 2) LA INTANGIBILIDAD DEL CONTRATO.- De la obligatoriedad deriva, como corolario, otro efecto que consiste en la intangibilidad del contrato por cuanto que no puede una de las partes, por voluntad unilateral, disolver o modificar el contrato.
- 3) LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO.- La relatividad en los efectos del contrato consiste en que éste sólo aprovecha o perjudica directamente a las partes y sólo también para ellas crea derechos y obligaciones.

- 4) LA OPONIBILIDAD DEL CONTRATO.- Es importante distinguir entre efectos directos y efectos reflejos (Trabucchi) del contrato. Los primeros son aquellos a los que se hizo referencia al hablar de la relatividad del contrato, en tanto que los segundos son los que derivan, sobre todo, de los contratos con efectos reales (los terceros tienen que respetar las transmisiones o constituciones de derechos reales derivados de los contratos) y aún también las relaciones o situaciones jurídicas creadas por el contrato en el caso excepcional de ciertos contratos obligatorios.⁸⁸

2.11.- La invalidez del contrato.

Inexistencia y nulidad.

Los artículos 2224, 2225, 2226 y 2227 del Código Civil Federal, establecen cuando el acto jurídico puede ser inexistente y cuando puede estar afectado de nulidad ya sea absoluta ya relativa, preceptos legales que son del tenor siguiente:

“Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

“Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya sea absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.”

“Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.”

⁸⁸ SÁNCHEZ MEDAL Ramón. *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, México, 2001, Págs. 83 - 88.

“Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior, Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.”

Conforme lo indicado en los preceptos transcritos, si lo faltante es uno de los primeros de dichos elementos, ello genera la inexistencia del acto jurídico; si carece de uno de los segundos, estará afectado de nulidad, sea absoluta o relativa según el caso.

2.12.- Clasificación de los contratos.

De acuerdo a las funciones específicas de los contratos, estos se clasifican en las siguientes categorías:

- a) Por la interdependencia de las obligaciones en: bilaterales y unilaterales;
- b) Por la valoración económica de las prestaciones en onerosos y gratuitos;
- c) Por la precisión de los efectos económicos entre las partes en: contratos conmutativos y aleatorios;
- d) Por la entrega física del objeto en: contratos reales;
- e) En cuanto a su función jurídica relacionada con otros actos jurídicos en: contratos principales y accesorios;
- f) En cuanto a su ámbito de temporalidad en: contratos instantáneos y contratos de tracto sucesivo;
- g) En cuanto a su nacimiento y validez en: consensuales, formales, o solemnes.

Contratos bilaterales y unilaterales.

El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente y el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta a su vez le quede obligada.

Contratos onerosos y gratuitos.

Oneroso es el contrato en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. Contrato gratuito es aquel en que el provecho es solamente para una de las partes.

Contratos conmutativos y contratos aleatorios.

Son contratos conmutativos aquellos que a su celebración se conocen las ventajas o pérdidas económicas que resienten las partes contratantes. Contratos aleatorios son aquellos en que la prestación está determinada pero no se sabe al momento de la celebración quien va a ser el ganancioso o perdedor sino hasta el momento en que se produzca el acontecimiento.

Contratos reales.

Son aquellos en que para su perfección se requiere de la entrega física del objeto.

Contratos principales y contratos accesorios.

Contratos principales son aquellos que para su existencia y validez no requieren de la concurrencia de ningún otro contrato. Son contratos accesorios aquellos que para su existencia requieren necesariamente de la preexistencia de

un contrato principal; estos contratos normalmente se constituyen con efectos de garantía.

Contratos instantáneos y contratos de tracto sucesivo.

Por el ámbito de temporalidad en su ejecución y vigencia, son contratos instantáneos aquellos que se realizan en un solo acto temporal. Se denominan contratos de tracto sucesivo aquellos que requieren de una temporalidad para su ejecución.

Contratos consensuales, formales y solemnes.

Los contratos consensuales son aquellos en que sólo se requiere del acuerdo de voluntades de los contratantes para que el contrato exista. Se denominan contratos formales aquellos que requieren de una formalidad específica para tener vigencia o validez. Contratos solemnes son aquellos que requieren de la intervención de la autoridad pública para decretar la existencia del mismo.

2.13.- La firma autógrafa en los contratos.

La Real Academia de la Lengua Española define la firma como: “nombre y apellido o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documentos escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido”.⁸⁹

De lo anterior, podemos inferir que la firma es un conjunto de signos gráficos, que pueden ser caracteres alfabéticos (letras), trazos, símbolos o un

⁸⁹ http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura, 25 de Noviembre de 2009, 11:14 horas.

conjunto de estos mediante los cuales una persona estampa de puño y letra en algún documento su voluntad de obligarse o certifica como auténtico lo que en él se consigna.

Características de la firma.

A continuación, en lo concerniente a las características y elementos que posee la firma autógrafa, Reyes Krafft, establece lo siguiente:

Identificativa.

Sirve para identificar quién es el autor del documento.

Declarativa.

Significa la asunción del contenido del documento por el autor de la firma. Sobre todo cuando se trata de la conclusión de un contrato., la firma es el signo principal que representa la voluntad de obligarse.

Probatoria.

Permite identificar si el autor de la firma es efectivamente aquél que ha sido identificado como tal en el acto de la propia firma.

Elementos de la firma.

A) Elementos formales.

Son aquellos elementos materiales de la firma que están en relación con los procedimientos utilizados para firmar y su grafismo.

Como signo personal.

Se presenta como un signo distintivo y personal, ya que debe ser puesta de puño y letra del firmante.

Animus signandi.

Es el elemento intencional o intelectual de la firma. Consiste en la voluntad de asumir el contenido de un documento.

B) Elementos funcionales.

Tomando la noción de firma como el signo o conjunto de signos, podemos distinguir una doble función:

Identificadora.

La firma asegura la relación jurídica entre el acto firmado y la persona que lo ha firmado. La identidad de la persona nos determina su personalidad a efectos de atribución de los derechos y obligaciones. La firma manuscrita expresa la identidad la aceptación y autoría del firmante.

Autenticación.

El autor del acto expresa su consentimiento y hace propio el mensaje.

La firma es el lazo que une al firmante con el documento en que se pone, el nexo entre la persona y el documento.⁹⁰

⁹⁰ REYES KRAFFT Alfredo Alejandro. "La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación", Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 104-106.

2.14.- Definición de contrato mercantil.

León Tovar, menciona respecto a la mercantilidad en los contratos lo siguiente: "(...) son mercantiles los contratos, ya sea por el sujeto (comerciante), por el objeto (cosas mercantiles), por la finalidad (especulación comercial) o por su conexión a un negocio mercantil"⁹¹, tomando como base lo manifestado por la autora en relación con la supletoriedad del Derecho Civil al Mercantil, podemos definir a los contratos mercantiles de la siguiente forma:

“Convenio que crea, transfiere, modifica o extingue derechos y obligaciones en el ámbito del derecho mercantil, ya sea por los sujetos que intervienen, el objeto sobre el que recae, la forma en que se efectúa, la intermediación, el propósito de especulación o por su conexión a un negocio mercantil.”

2.15.- Principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes en las convenciones mercantiles y sus restricciones.

En los contratos mercantiles se reconoce la autonomía de la libertad contractual, es decir, las partes son libres para contratar y obligarse en los términos que consideren convenientes; ello de conformidad con lo establecido en el artículo 78 del Código de Comercio que establece: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”.

De lo anterior, podemos inferir que las únicas restricciones establecidas en las convenciones mercantiles son las mismas que en otras ramas del Derecho y que son: 1) Que no se vaya en contra de leyes prohibitivas salvo cuando los derechos sean renunciables por tratarse de derechos privados, por supuesto, que no afecten el orden público ni derecho de tercero, y 2) Que no se afecte la moral o

⁹¹ LEÓN TOVAR Soyla. H. Ob. Cit. Pág. 7.

las buenas costumbres y no sólo eso, sino que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Comercio, ya es posible contratar y por ende, obligarse mediante el uso de medios electrónicos.

2.16.- El consentimiento en los contratos mercantiles.

Es de sobra conocido que el consentimiento es un elemento de existencia del contrato, ya que sin él éste sería inexistente. Nuestro Código de Comercio no especifica claramente como puede ser otorgado dicho consentimiento, pero retomando el principio de la autonomía de la libertad contractual contenido en el artículo 78 del Código de Comercio podemos inferir que dicho consentimiento puede ser expreso o tácito y puede manifestarse de forma verbal, escrita, por manifestaciones de voluntad que hagan presumirlo e incluso con el uso de medios electrónicos.

El medio por excelencia para manifestar el consentimiento expreso lo es la firma autógrafa, motivo por el que se puntualizó con antelación respecto de sus características y elementos tanto formales como funcionales.

CAPÍTULO 3.

DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

3.- TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC'S).

Técnicas usadas para conseguir, recibir, adquirir, procesar, guardar y diseminar información numérica, textual, pictórica, audible, visible (multimedia) a través de accesorios o dispositivos basados en combinación de la microelectrónica, la computación y las telecomunicaciones.

Las TIC conforman el conjunto de recursos necesarios para manipular la información y particularmente los ordenadores, programas informáticos y redes necesarias para convertirla, almacenarla, administrarla, transmitirla y encontrarla.

Se puede reagrupar las TIC según:

- Las redes.
- Los terminales.
- Los servicios.⁹²

⁹² [http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas de la informaci%C3%B3n y la comunicaci%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas_de_la_informaci%C3%B3n_y_la_comunicaci%C3%B3n)
25 DE OCTUBRE DE 2011 A LAS 20:15 HORAS.

3.1.- Las redes.

A continuación se analizan las diferentes redes de acceso disponibles actuales.

3.1.1.- Telefonía fija.

El método más elemental para realizar una conexión a internet es el uso de un módem en un acceso telefónico básico. A pesar que no tiene todas las ventajas características de la banda ancha, ha sido el punto de inicio para muchos internautas, y es una alternativa básica para zonas de menor poder adquisitivo.

3.1.2.- Banda ancha.

La banda ancha originariamente hacía referencia a la capacidad de acceso a internet superior a los de un acceso analógico (56 kbps en un acceso telefónico básico o 128 kbps, es decir, kilo bites por segundo en un acceso básico RDSI). A pesar que el concepto varía con el tiempo en paralelo a la evolución tecnológica. Según la Comisión Federal de Comunicaciones de los EEUU (FCC) se considera banda ancha el acceso a una velocidad igual o superior a los 200 kbps, como mínimo en un sentido. Para la Unión Internacional de telecomunicaciones el umbral se sitúa en los 2 Mbps (Mega bites por segundo).

3.1.3.- Telefonía móvil.

En todo el mundo la telefonía fija ha estado superada en número por los accesos de telefonía móvil, a pesar de ser un tipo de acceso que se encuentra desde hace menos años en el mercado. Se debe a que las redes de telefonía móvil son más fáciles y baratas de desplegar.

Las redes actuales de telefonía móvil permiten velocidades medias competitivas en relación con las de banda ancha en redes fijas: 183 kbps en las redes GSM (Global System for Mobile communication), 1064 kbps en las 3G y 2015 kbps en las WiFi (Wireless Fidelity, mecanismo de conexión de dispositivos electrónicos de forma inalámbrica). Esto permite el acceso a internet a usuarios con alta movilidad, en vacaciones, o para los que no tienen acceso fijo. Y de hecho, se están produciendo crecimientos muy importantes del acceso a internet de banda ancha desde móviles y también desde dispositivos fijos pero utilizando acceso móvil.

Estas tecnologías son capaces en teoría de dar múltiples servicios (imagen, voz, datos) en altas velocidades, aunque en la práctica la calidad del servicio es variable.

La evolución del teléfono móvil ha permitido disminuir su tamaño y peso que nos hace la vida más fácil ya que nos permite comunicarse desde casi cualquier lugar.

Aunque su principal función es la comunicación de voz, como el teléfono convencional, su rápido desarrollo ha incorporado otras funciones como son cámara fotográfica, agenda, acceso a internet, reproducción de vídeo e incluso GPS (General Position Sistem) y reproductor mp3.

3.1.4.- Redes de televisión.

Actualmente hay cuatro tecnologías para la distribución de contenidos de televisión, incluyendo las versiones analógicas y las digitales:

- La televisión terrestre, que es el método tradicional de librar la señal de difusión de TV (Televisión), por ondas de radio transmitida por el espacio abierto. En este apartado estaría la TDT (Televisión Digital Terrestre).

- La televisión por satélite, libra la señal vía satélite.
- La televisión por cable es una forma de provenir la señal de televisión directamente a los televisores por cable coaxial.
- La televisión por internet traduce los contenidos en un formato que puede ser transportado por redes IP (Internet protocol), por eso también es conocida como Televisión IP.

3.1.5.- Navegador de Internet.

La mayoría de los ordenadores se encuentran actualmente conectados a la red. El PC (personal computer) ha dejado de ser un dispositivo aislado para convertirse en la puerta de entrada más habitual a internet. En este contexto el navegador tiene una importancia relevante ya que es la aplicación desde la cual se accede a los servicios de la Sociedad de la Información y se está convirtiendo en la plataforma principal para la realización de actividades informáticas.

3.2.- Los terminales.

Los terminales actúan como punto de acceso de los ciudadanos a la Sociedad de la Información y por eso son de suma importancia y son uno de los elementos que más han evolucionado y evolucionan: es continúa la aparición de terminales que permiten aprovechar la digitalización de la información y la creciente disponibilidad de infraestructuras por intercambio de esta información digital. A esto han contribuido diversas novedades tecnológicas que han coincidido en el tiempo para favorecer un entorno propicio, ya que la innovación en terminales va unida a la innovación en servicios pues usualmente la terminal es el elemento que limita el acceso.

Las novedades que hacen referencia a la capacidad y a la miniaturización de los dispositivos de almacenaje son los que han permitido la creación de un conjunto de nuevos dispositivos portátiles que administren contenidos multimedia, como los reproductores portátiles de MP3 o de vídeo.

3.- INTERNET Y SU ENTORNO.

En este apartado describiremos lo que es el Internet, desde como se originó, como es el acceso a éste y algunos de los servicios relacionados.

3.3.1.- Un poco de historia.

Internet, la mayor red de comunicación mundial, surgió como un proyecto de estrategia militar. Dicho proyecto fue financiado por el Advanced Research Projects Agency (ARPA), y tuvo como origen la red Arpanet creada en el año de 1969 por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. La idea original había sido la de crear una red que interconectara centros de investigación y tecnología, siendo éstos puntos estratégicos para el país durante la Guerra Fría que debían ser preservados en caso de bombardeos en un ataque nuclear.

La red interconectaba sólo cuatro puntos cuando fue implantada, en septiembre de 1969. Durante la demostración oficial del sistema, en noviembre del mismo año, un grupo de investigadores se reunió en el Departamento de Ciencias de la Computación de la UCLA (Universidad de California) y se contactó a través de computadoras, con el laboratorio Doug Engelbart, en el Instituto de Investigaciones de Stanford (a 450 Km. De distancia).

A partir de ese momento, durante décadas, la utilización de Internet fue restringida a las instituciones de enseñanza e investigación. Desde los años 80 se amplió su utilización debido a la evolución que presentaron las PC's (Personal computers).

Ya a principios de los años 90, organizaciones comerciales se integraron al sistema y la red superó el millón de usuarios.

En la actualidad cualquier persona puede conectarse a la red Internet, con el sólo hecho de poseer un proveedor para su acceso (ISP), e incluso ya es común el acceso en forma gratuita.

Cabe señalar que la Internet no posee una autoridad que centralice su control. Mucho se ha discutido acerca de la conveniencia o no sobre la “regulación y control de la red” y hasta el momento se ha optado por la no regulación de la red.

El motor central de Internet es manejado por una combinación de organizaciones públicas y privadas alrededor del mundo.⁹³

Concepto de Internet.

La red Internet es el resultado de comunicar miles de redes de computadoras entre sí. Permite conectar diferentes tipos de redes, que pueden ser de área local o de área extensa, utilizando protocolos como TCP-IP (Transmission control protocol - Protocol Internet), que identifican los datos aunque procedan de diferentes tipos de equipos.⁹⁴

Internet es la red de computadoras más grande del mundo, de la que forman parte miles de redes distribuidas por todo el planeta. Cada red individual es administrada, mantenida y soportada económicamente por universidades, empresas y otros organismos.

⁹³ NÚÑEZ S. Adriana. *Comercio electrónico. Aspectos impositivos, contables y tecnológicos*, La Ley, Argentina, Págs. 17 -18.

⁹⁴ FERREYRA CORTÉS Gonzalo. *Internet paso a paso. Hacia la autopista de la información*, Alfaomega Grupo Editor, S.A. de C.V., México, D.F., 1996, pág. 34.

Acceso a Internet.

Para acceder a Internet el usuario requiere de un software que permite la conexión desde su PC a la red Internet, incluyendo el acceso al e-mail.

Cuando la conexión se efectúa vía línea telefónica, el usuario requerirá de un módem para la Internet de la señal digital en analógica; en cambio, cuando la conexión se realiza a través de ISDN (Integrated Services Digital Network), estas líneas envían información digital y no requieren conversión alguna.

Para acceder a Internet existen empresas comerciales dedicadas a prestar el servicio de acceso por un honorario (generalmente basado en horas de uso o por una tarifa plana mensual). Los proveedores que otorgan el acceso a Internet pueden ser clasificados en:

a) ISP (Internet Service Provider).

Los ISP son proveedores que otorgan acceso a Internet operando una cantidad de servers, módems, routers y otros equipos de comunicaciones y ofreciendo acceso a Internet a través de líneas de alta velocidad. Para acceder al ISP, el usuario utiliza un número telefónico local u otros medios (por ejemplo, a través de cable, vía satélite, radio frecuencia, etc.) Generalmente se abona una tarifa plana mensual. Además del acceso a Internet, proveen servicio de e-mail, y generalmente un espacio en sus servers para la creación de una página web personal.

b) OSP (Online Service Provider).

Los OSP también son proveedores que otorgan acceso a Internet. Estos operan redes propietarias online ofreciendo el acceso a Internet a través del paso

desde sus redes propias hacia Internet. Para atraer a sus suscriptores, los OSP proveen una gran cantidad y diversidad de contenido propio y de contenido obtenido de terceros a través de licencias.

c) POP (Post Office Protocol) Network.

Por lo general tanto los ISP como los OSP poseen POP en diferentes lugares con la finalidad de que los usuarios accedan a Internet vía llamadas telefónicas locales. Los POP's son equipos que cuentan con módems y "routing", propios o alquilados por el ISP u OSP.

Routers.

El tráfico dentro de la red Internet es administrado por computadoras conocidas con el nombre de *routers*; estos forman parte de la infraestructura de la red. El objetivo de los routers consiste en enviar los "packets", de información a la dirección IP señalada utilizando la mejor ruta de acceso.

Hosting.

Los Hosts son servers que almacenan el contenido de la red Internet, es decir, son computadoras individuales que tienen incorporado un software determinado que les permite tanto acceder como ser accedidas por otras computadoras, de manera ininterrumpida.⁹⁵

Los protocolos de Internet.

Las computadoras que están conectadas a Internet se comunican entre ellas enviando paquetes de información. Estos paquetes contienen los datos junto con unos caracteres de control e información sobre la dirección a la que debe

⁹⁵ NÚÑEZ S. Adriana. Ob. Cit. Págs. 20 - 23.

enviarse. Todo esto se realiza por medio de un lenguaje común de Internet denominado *Transmisión Control Protocol e Internet Protocol*, también conocido como *TCP/IP*. El Protocolo TCP (Transmisión Control Protocol) recoge la información que queremos transmitir y la divide en paquetes. A continuación, numera cada paquete TCP (le asigna una cabecera) para asegurar que su envío y recepción sean correctas. El protocolo IP (Internet Protocol) divide los paquetes TCP de nuevo, y coloca a cada subpaquete IP una cabecera que contiene la dirección del host emisor y la dirección del host de destino.

Los paquetes pueden viajar a través de varias redes antes de llegar a su destino. Estas redes pueden dividir de nuevo los paquetes IP añadiendo nueva información sobre sus direcciones. Cuando los paquetes alcanzan su destino son reensamblados por un software especial que se ejecuta en la computadora receptora.⁹⁶

Dirección IP.

Corresponde a una dirección numérica. Estos son los números que identifican a los computadores conectados a Internet. Cada máquina en Internet posee una dirección única en IP (Internet Protocol).

Las direcciones IP contienen cuatro números conectados por puntos. Por ejemplo 154.23.18.66 o 140.1.14.4. los números de la izquierda, es decir, el 154 o 140 de nuestros ejemplos corresponden a la denotación más amplia de la organización, y luego los dígitos a la derecha van especificando la información, hasta llegar al dígito de la derecha el cual representa el computador personal.⁹⁷

Sistema de nombres por Dominio (Domain Name System – DNS).

⁹⁶ SÁNCHEZ NAVARRO José Daniel. *El camino fácil a Internet*, McGraw-Hill, España, 1996, Págs. 9 y 10.

⁹⁷ BOIZARD PIWONKA Alicia y PÉREZ ARATA Miguel. *Internet en acción*, Editorial McGraw – Hill, Santiago de Chile, 1996, Pág.31.

Un problema básico al utilizar direcciones IP consiste en la dificultad de recordar los números. Es por esto que existe un sistema que asigna nombres a los computadores y los asocia a su número IP, lo cual ayuda significativamente a efectuar asociaciones, facilitando la memorización.⁹⁸

El sistema que se encarga de mantener una lista completa de todas las computadoras y redes conectadas a Internet se denomina Domain Name System, o DNS (sistema de nombres de dominio). Este sistema crea una jerarquía de dominios, o grupos de computadoras, y de subdominios, asignando un nombre (conocido como dirección Internet) a cada computadora conectada a la red.⁹⁹

Códigos para acceder a servicios en Internet.

a) Código para ingresar a la red.

Para ingresar a la red, el usuario puede requerir una identificación que debe ser entregada por el proveedor de servicios.

b) Códigos para mantener una cuenta en Internet.

Una cuenta en Internet es un sector asignado en un computador, el cual el usuario puede utilizarlo para la recepción de su correo electrónico y para otras finalidades.

Para mantener una cuenta en Internet se requiere de una identificación de usuario o *login*, y una contraseña o *password* asociado a dicho *login*.

Login: corresponde a la identificación de usuario, es decir, es el nombre estipulado mediante el cual el *host* reconoce al usuario como cliente.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ SÁNCHEZ NAVARRO José Daniel. Ob. cit. Pág. 11.

Password o contraseña: es un código secreto, que permite comprobar que quien escribe la información tiene acceso permitido a ese computador o cuenta en Internet.

Son numerosas las recomendaciones respecto a la elección de *password*; entre ellas:

- El *password* debe ser difícil de adivinar por un extraño. No es conveniente que éste incorpore información evidente del usuario, como su número telefónico o dirección postal. Una conjunción de letras y números es lo más adecuado.
- No se debe dejar el *password* escrito en un lugar frecuentado. Por esto, se debe determinar un significado o nemotécnia para recordarlo y mantener su privacidad.
- Este *password* puede consistir en cualquier carácter del teclado y se aconseja que la cantidad de caracteres fluctúe entre un mínimo de seis y un máximo de ocho.
- Debe ser actualizado periódicamente.

E-mails, FTP y Web Browsing.

A través de la red Internet se prestan diversos servicios: el correo electrónico (e-mail); el envío de archivos electrónicos (File Transfer Protocol – FTP) y el acceso a la Web (Web browsing o browsers).

En principio el mayor uso otorgado a esta red ha sido la utilización del e-mail (correo electrónico), supliendo en gran medida el uso del servicio de llamadas a larga distancia, fax, etc.

Por su parte el FTP, es un protocolo que permite la transmisión electrónica – envío y recepción de archivos -, a través de la red.

A los efectos de tener acceso a Internet en el formato que presenta la Web, es menester la instalación de un software especial, denominado web browsing o browser. Este software es el que nos permite “navegar por Internet”.¹⁰⁰

3.4.- Servicios en las TIC.

Las tecnologías están siendo condicionadas por la evolución y la forma de acceder a los contenidos, servicios y aplicaciones, a medida que se extiende la banda ancha y los usuarios se adaptan, se producen unos cambios en los servicios.

Con las limitaciones técnicas iniciales (128 kbps de ancho de banda), los primeros servicios estaban centrados en la difusión de información estática, además de herramientas nuevas y exclusivas de esta tecnología como el correo electrónico, o los buscadores.

Las empresas y entidades pasaron a utilizar las TIC como un nuevo canal de difusión de los productos y servicios aportando a sus usuarios una ubicuidad de acceso. Aparecieron un segundo grupo de servicios TIC como el comercio electrónico, la banca online, el acceso a contenidos informativos y de ocio y el acceso a la administración pública.

¹⁰⁰ NÚÑEZ S. Adriana. Ob. Cit. Pág. 18.

Son servicios donde se mantiene el modelo proveedor-cliente con una sofisticación, más o menos grande en función de las posibilidades tecnológicas y de evolución de la forma de prestar el servicio.

3.5.- Definición de e-mail.

El correo electrónico (e-mail) es una nueva forma de enviar cartas o mensajes electrónicos a personas, haciendo uso de computadoras, a través del sistema de redes que componen Internet.

Al igual que cualquier otra herramienta, el correo electrónico presenta sus ventajas e inconvenientes. Las ventajas que ofrece ésta forma de correspondencia internacional son: la rapidez del envío, puesto que el mensaje puede tardar apenas unos segundos en llegar a su destino (aunque también podría quedar bloqueado en algún nodo y tardar varios días); no es necesario que el destinatario esté esperando la recepción en el momento del envío, ya que puede leer el mensaje más tarde.¹⁰¹

Funcionamiento del correo electrónico.

El funcionamiento del correo electrónico es muy sencillo, sólo se necesita el software apropiado: un programa que lo gestione. Para cada tipo de computadora hay disponibles muchos programas de correo electrónico. Los programas que gestionan el correo electrónico se conocen con el nombre de *mailers* y *readers*.

Estos programas hacen posible que podamos escribir, enviar, leer y borrar los mensajes y, a veces, enviar lo que se denomina una copia de carbón (o mensajes duplicados) a una o varias direcciones.¹⁰²

¹⁰¹ SÁNCHEZ NAVARRO José Daniel. Ob cit. Pág. 41 – 45.

¹⁰² Idem.

Direcciones de correo electrónico.

Para poder enviar un correo electrónico es necesario conocer la dirección del destinatario. Una dirección de correo electrónico está formada por tres partes:

- El nombre de identificación de la persona;
- El signo @,
- Y el dominio.

El dominio es el nombre que identifica a la computadora que almacena el correo de la persona receptora dentro de Internet.

Ventajas del uso de correo electrónico respecto a otras formas de comunicación.

“Correo electrónico es una alternativa de comunicación a distancia que ofrece una variada gama de posibilidades.

“La gran ventaja para quien utiliza correo electrónico es su rapidez. Las distancias ya no representan un obstáculo como lo es en el correo convencional.

“Uno de los principios básicos de éste medio, es su naturaleza asincrónica, es decir, quien emite el mensaje no espera ni necesita que su interlocutor esté presente al momento de recibir el mensaje.

“Otra gran cualidad en términos de eficiencia laboral de éste medio, es que los mensajes no interrumpen necesariamente la jornada de trabajo; la persona puede organizar su día de modo tal que no tendrá interrupciones de un teléfono que suena o escuchar el mensaje por la grabadora.

“La rapidez de retorno de mensajes es muy alta. Esto se debe principalmente a que las configuraciones de los programas de correo ejecutan el proceso de forma automática.

“Los mensajes pueden ser redirigidos fácilmente a una o a múltiples personas.

“Como sistema de organización, todo queda archivado en el momento que fue enviado, y su posterior clasificación no ocupa espacio físico.

“Se puede, a través de correo electrónico y un programa adicional, establecer conferencias, es decir, dos o más usuarios en distintas localidades pueden dialogar por el computador.

“Uno de los atributos más apreciados de correo electrónico consiste en que el costo de cada envío es económico, especialmente si se trata de una comunicación a gran distancia.

“Los mensajes pueden transportar multimedia, es decir, contener texto, imágenes, audio y otros.

En resumen, correo electrónico sintetiza las ventajas de una llamada telefónica, el uso de fax y correo común a costos muy atractivos.¹⁰³

3.6.- Sociedad de la información.

Puede definirse como un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y Administración Pública),

¹⁰³ BOIZARD PIWONKA Alicia. Ob. Cit. 74 - 75.

para obtener, compartir y procesar cualquier información por medios telemáticos instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma en que se prefiera.¹⁰⁴

La sociedad de la información implica el uso masivo de tecnologías de la información y comunicación para difundir el conocimiento e intercambio de bienes y servicios en una sociedad.

3.7.- Firma electrónica.

Se denomina así a: “los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar y/o vincular al firmante en relación con el mensaje de datos, en forma equivalente a la firma manuscrita.”¹⁰⁵

Por su parte Solís García¹⁰⁶, menciona que: “Cuando hablamos de una firma electrónica nos referimos a cualquier método o técnica que utilice un computador para reconocer a un usuario, así encontramos mecanismos diversos para autenticar a un usuario, éstos pueden clasificarse en:

- Algo que se sabe: contraseña (password) o PIN.
- Algo que se tiene: una tarjeta.

Algo que se es: medidas biométricas. El identificar a un usuario también puede hacerse con un scanner de huellas digitales o uno de retina o un reconocedor de voz, utilizar estos equipos ubica al usuario que desea ingresar a un sistema.”

¹⁰⁴ ALONSO VELASCO Juan Antonio y otros. *Tecnologías de la información y de la comunicación*, Alfa-Omega, México, 2005, Pág. 1.

¹⁰⁵ REYES KRAFFT Alfredo Alejandro. Ob cit. Pág. 164.

¹⁰⁶ SOLÍS GARCÍA José Julio. *Factura y Firma Electrónica Avanzada*, Gasca Sicco, México, 2005, Págs. 86 – 87.

Firma electrónica avanzada.

“Es la firma electrónica que permite la identificación del firmante y ha sido generada bajo su exclusivo control, conocida también como firma digital, que vincula exclusivamente al mismo con el mensaje de datos al que se adjunta o se asocia, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éste.”¹⁰⁷

Equivalencia funcional de la firma electrónica.

La Ley Modelo Sobre Firma Electrónica de las Naciones Unidas reconoce que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional, con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de los medios modernos de comunicación. Por su parte Reyes Krafft¹⁰⁸ refiere que “la Ley Modelo sigue el principio conocido como criterio de equivalente funcional, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones a través de medios electrónicos.

Es decir, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes:

“Proporcionar un texto legible para todos,

“Asegurar la inalterabilidad de un mensaje a lo largo del tiempo,

“Permitir su reproducción a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo,

¹⁰⁷ REYES KRAFFT Alfredo Alejandro. Ob cit. Pág. 164.

¹⁰⁸ Ibídem. Pág. 165.

“Permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma y

“Proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales.”

De lo anterior, podemos apreciar que si bien, por una parte, la firma electrónica cumple con casi todos los requisitos de equivalencia funcional respecto de los documentos en soporte de papel, por la otra, aún no se puede garantizar plenamente la inalterabilidad de un mensaje de datos; cabe aclarar que sí es posible obtener la certeza del contenido original de un mensaje de datos por diversos medios y con ayuda de diversas herramientas.

3.8.- Comercio electrónico.

La expresión comercio electrónico deriva de las voces *e-commerce*, así como la frase *e-business*, en lenguaje inglés, que denomina la mecánica utilizada para celebrar operaciones comerciales o de negocios, empleando la Red Mundial de Computadoras, mejor conocida como Internet.

En nuestro lenguaje, la idea que se quiere señalar, es la del uso de los medios informáticos y la red cibernética mundial para celebrar operaciones de comercio o de negocios, razón por la cual sería mejor emplear la expresión negocios cibernéticos o negocios por computadora; pero al ser el idioma inglés el más empleado en el mundo de la informática y la computación es el que se impone.

Ahora bien, sin importar la etimología de las voces utilizadas, el comercio electrónico implica desarrollar actos mercantiles o negocios a través de la Red Mundial de computadoras (Internet), esto es, empleados equipos de cómputo para

enlazar con uno o varios proveedores y consumidores de determinados bienes o servicios.¹⁰⁹

Sin otro ánimo que el de aplicar una definición que abarque el máximo de supuestos del comercio electrónico, se acudirá a lo propuesto por el Ministerio Nacional de Hacienda de Canadá:

“El comercio electrónico puede ser definido como la entrega de información, productos, servicios o pagos por teléfono, computadora u otros medios automatizados.”¹¹⁰

¹⁰⁹ DÍAZ GONZÁLEZ Luis Raúl. *Los medios electrónicos en el Derecho Mexicano, Gasca sicco, México, 2006, Pág. 9.*

¹¹⁰ CALDERÓN MEDINA David. *Comercio electrónico. Una perspectiva tributaria mexicana.* Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México, 2010, Pág. 33

CAPÍTULO 4.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO.

Con motivo de los avances tecnológicos y de las nuevas formas de contratación electrónica, diversos países, sobre todo los que se encuentran a la vanguardia tecnológica, ha intentado adecuar su Derecho positivo al contexto social, con la finalidad de dotar de certeza y seguridad jurídica los actos de comercio celebrados por medios electrónicos o con el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's).

A nivel mundial ha sido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), quien se ha encargado de sentar las bases para que cada uno de los Estados se encuentre en aptitud de crear las normas jurídicas aplicables a su propio entorno económico, social, cultural y jurídico, lo que se ha hecho esencialmente con la expedición de “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico” y la “Guía para su incorporación al Derecho interno”, así como a través de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas” y su correspondiente “Guía para su incorporación al Derecho interno”, ordenamientos jurídicos que según la CNUDMI, debe servir de fundamento para que cada uno de los Estados del orbe, dependiendo de sus propias necesidades, creen el marco normativo que considere necesario.

En el caso de nuestro país, se ha intentado adecuar nuestro Derecho positivo al contexto social con la finalidad de dotar de certeza y seguridad jurídica los actos de comercio celebrados por medios electrónicos o con el uso de nuevas

tecnologías de la información y la comunicación (TIC's), el presente capítulo tiene por objeto estudiar brevemente el marco legal efectuado en nuestro país para los negocios jurídicos mencionados, para culminar con un análisis de si la normatividad referente a dicho tópico es suficiente o aún hace falta una mayor o mejor regulación legal.

En virtud de lo anterior, explicaremos en forma puntual en que consisten cada una de las leyes modelo de la CNUDMI mencionadas, así como la guía de cada una de ellas, para entender los esfuerzos que se han hecho anivel internacional por regular el comercio electrónico, para posteriormente analizar el marco jurídico nacional.

4.1.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

Surge a fin de garantizar la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio internacional.

La elaboración de ésta ley, busca facilitar el uso del comercio electrónico y que los preceptos legales en ella contenidos sean aceptables para Estados que tengan sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes, para contribuir al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas.¹¹¹

Esta Ley consta de 17 artículos, se encuentra dividida en dos partes. La primera denominada "Comercio electrónico en general", divide en tres capítulos, el primero de referente a "Disposiciones generales", el segundo a la "Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos" y el tercero a la "Comunicación de los mensajes de datos". La segunda parte se refiere al "Comercio electrónico en

¹¹¹ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/60/PDF/N9776360.pdf?OpenElement> 10 de Abril de 2010, 13:27 hrs.

materias específicas”, consta únicamente de un único capítulo titulado “Transporte de mercancías”, y sólo consta de dos artículos.

La Ley Modelo que se comenta, es aplicable a todo tipo de información que en forma de datos se utilice en el contexto de las actividades comerciales, ya sean éstas de carácter contractual o no.

Tiene como principios la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe, asimismo reconoce la validez o fuerza jurídica de la información contenida en los mensajes de datos, es decir, reconoce los efectos jurídicos de toda oferta, aceptación o acuerdo de voluntades hecho a través de las TIC`s.

En cuanto al ámbito probatorio, establece que no se pueden aplicar reglas específicas de prueba para la admisión de los mensajes de datos como elementos de convicción, por lo que para el ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración probatorios, deberá estarse a las reglas generales de prueba.

Un aspecto de suma relevancia en ésta Ley, es que, establece que salvo pacto en contrario entre las partes, el mensaje de datos se tendrá por expedido y por recibido en el lugar en que el iniciador (emisor) y el destinatario tenga su establecimiento, lo que en nuestra opinión es por demás acertado, ya que un mensaje de datos puede enviarse y recibirse en cualquier lugar del mundo, por lo que si no se determinara ésta regla de donde debe tenerse por expedido y recibido, daría pauta a múltiples problemas relativos a conflicto de leyes y jurisdicciones aplicables en caso de que existiera alguna controversia entre las partes contratantes.

4.2 Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

En la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, se partió del supuesto de que ésta tendría que ir acompañada de una guía para que los Estados que desearan incorporarla a su Derecho interno tuvieran una mayor comprensión y las herramientas necesarias para dicho fin.

La guía que se comenta es una introducción a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, se divide en los siguientes incisos: A) Objetivos, B) Ámbito de aplicación, C) Estructura, D) Una Ley “marco” que habrá de ser completada por un reglamento técnico, E) Criterio del “equivalente funcional”, F) Reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo y G) Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI.

Los dos aspectos más destacados de ésta guía, son los dos últimos incisos, ya que las “Reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo”, que remiten al capítulo III de la Ley Modelo en comento denominado “Comunicación de los mensajes de datos”, pueden servir para subsanar las lagunas existentes en los contratos celebrados entre las partes fundados casi siempre en la “Autonomía de la Libertad Contractual” y, a su vez, el capítulo II de ese mismo ordenamiento legal, designado como: “Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos”, son el mínimo aceptable en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, por lo que deberán tenerse por imperativas, salvo que en ellas mismas se disponga lo contrario.

En lo concerniente al último de los incisos llamado “Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI”, en el marco de las actividades de formación y asistencia, la secretaría de la CNUDMI podrá organizar consultas técnicas para las autoridades públicas que estén preparando alguna norma legal basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, o en alguna otra Ley

Modelo de ésta Comisión o que estén considerando dar su adhesión a algún convenio de derecho mercantil internacional preparado por la CNUDMI.

4.3.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

La CNUDMI, consciente de la utilidad de las TIC`s de identificación personal, utilizadas en el comercio electrónico, generalmente conocidas como firmas electrónicas, con miras a fomentar la confianza jurídica en estos elementos de identificación, buscó establecer los parámetros necesarios para la equivalencia funcional de éstas con las firmas autógrafas. Para ello buscó: *“el establecimiento de un método para evaluar de un modo tecnológicamente neutral la fiabilidad práctica y la idoneidad comercial de las técnicas de firma electrónica”*¹¹²

La Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, es un complemento de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, por lo que resulta de gran ayuda para que los Estados adecuen o creen la legislación respecto a las técnicas de autenticación de los actos de comercio celebrados por medio de las TIC`s, puesto que inclusive la misma CNUDMI recomienda expresamente consideren las dos leyes mencionadas cuando se promulguen o reformen las leyes.

La Ley que se analiza consta de 12 artículos en los que, entre otros, se ocupa de los temas siguientes: ámbito de aplicación, igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma, prestadores de servicios de certificación, fiabilidad, reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley Modelo que se comenta, son todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de las

¹¹² CD LEGISLACIÓN MERCANTIL y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, México, 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Resolución aprobada por la Asamblea General** [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/588)] 56/80 Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

actividades comerciales, entendiendo por firma electrónica: *“los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”*¹¹³

La Ley Modelo que se estudia, establece que una firma electrónica será fiable cuando: a) Los datos de creación de la firma correspondan exclusivamente al firmante, b) Esos datos estaban bajo el control exclusivo del firmante y c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después de la firma.

De la misma forma, dicho ordenamiento legal faculta a terceros para que actúen como prestadores de servicios de certificación de las firmas electrónicas que puedan utilizarse para producir efectos jurídicos, otorgándoles la facultad de expedir certificados de firmas electrónicas e imponiéndoles el deber de actuar de conformidad con las declaraciones que le hagan los solicitantes, así como de actuar con la diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que se efectúen ante él, son razonables y cabales. Asimismo, preceptúa los factores que deberán tomarse en cuenta para determinar si los sistemas, procedimientos o recursos humanos utilizados por el prestador de servicios de certificación, son fiables.

En nuestra opinión, es criticable que en dicho ordenamiento jurídico, se establezca la obligación de la parte que confía en el certificado (destinatario), de verificar la fiabilidad de la firma electrónica y verificar la validez, suspensión o revocación del certificado, ya que ello desvirtúa la intervención de los prestadores de servicios de certificación.

¹¹³ Artículo 2º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

En lo concerniente al reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras, establece que éstas producirán los mismos efectos jurídicos que en el Estado promulgante, si presentan un grado de fiabilidad equivalente.

4.4. Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

En la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (al igual que en la guía que se elaboró para la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico), se partió del supuesto de que ésta tendría que ir acompañada de una guía para facilitar a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados, la debida información de antecedentes y explicaciones pertinentes que les ayudaran a aplicar ésta Ley Modelo.

El desarrollo de ésta guía se basa fundamentalmente en el contenido del artículo 7º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, reglamentando el cumplimiento de la función de la firma en las operaciones de comercio electrónico.

En verdad resulta por demás ilustrativa ésta guía, para entender claramente conceptos como firma electrónica, los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, los dispositivos biométricos, números de identificación personal, la criptografía, los criptosistemas, las claves públicas y privadas, entre otros de importancia para el comercio electrónico.

4.5.- Marco legal del comercio electrónico en nuestro país.

En nuestro país, el ordenamiento jurídico que se encarga de regular al llamado “comercio electrónico” es el Código de Comercio, sin embargo, existen diversos ordenamientos legales que tienen injerencia ya sea directa o indirectamente, con dichas transacciones, como lo son la Ley Federal de

Protección al Consumidor, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, algunas otras codificaciones, Norma Oficial Mexicana (NOM), así como diversos reglamentos, reglas y acuerdos.

Los ordenamientos que tienen injerencia directa o indirecta en el comercio electrónico a que nos referimos en el párrafo que precede, son los siguientes:

- **Código de comercio**, el que tuvo dos modificaciones esenciales que fueron las publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Mayo del 2000, así como las del 29 de Agosto de 2003.
- **Ley Federal de Protección al Consumidor**, reformada el 29 de Mayo del 2000.
- **Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares**, publicada en el D.O.F. el 5 de Julio de 2010.
- **Código Civil Federal**, reforma publicada en el D.O.F. el 29 de Mayo de 2000.
- **Código Federal de Procedimientos Civiles**, reforma publicada en el D.O.F. el 29 de Mayo de 2000.
- **Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, Prácticas comerciales-Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos** publicada el 4 de junio del 2002 en el D.O.F.
- **Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación**. Publicado el 19 de julio del 2004 en el D.O.F.
- **Reglas Generales a las que deberán sujetarse los Prestadores de Servicios de Certificación**. Publicadas el 10 de agosto del 2004 en el D.O.F.
- **Acuerdo que modifica las Reglas Generales a las que deberán sujetarse los prestadores de servicios de certificación**. Publicado el 5 de marzo del 2007 en el D.O.F.

A continuación haremos un análisis de cada uno de los ordenamientos jurídicos citados, innegablemente poniendo especial atención al Código de Comercio, pues es en dicha codificación donde deberían establecerse todas las cuestiones inherentes al comercio electrónico sin que hubiese necesidad de aplicar en forma supletoria diversos ordenamientos jurídicos.

4.6.- Regulación Jurídica del comercio electrónico en el Código de Comercio.

El ordenamiento legal que se analiza ha tenido dos reformas substanciales en lo que a Comercio Electrónico se refiere, que son las de 29 de Mayo de 2000 y las del 29 de Agosto de 2003.

A grosso modo, la reforma del año 2000, equiparó la información generada por medios electrónicos a la que es creada en soporte papel, al considerar a los mensajes de datos parte integrante de la contabilidad mercantil, con la obligación para los comerciantes de conservarla por el mismo lapso de tiempo que la demás información documental; reconoció las convenciones mercantiles celebradas por dichos medios, es decir, autorizando la celebración de actos de comercio por medio de las TIC's, estableció que el consentimiento en dichos actos al tratarse de formación del consentimiento entre no presentes, se da al recibir la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada, además de reconocer los mensajes de datos como elementos probatorios y fijar las reglas para su valoración en juicio.

Posteriormente, mediante las reformas del año 2003 (innegablemente motivadas por la publicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas en el año de 2001), se estableció el "Título Segundo del Comercio Electrónico", el que se dividió en 4 capítulos que a la fecha son los siguientes: I) De los mensajes de datos, II) De las firmas, III) De los prestadores de servicios de certificación, y IV) Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeros.

El artículo de mayor trascendencia en la reforma aludida es el artículo 89, en el que se estableció que las actividades reguladas en ese Título se someterían en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional de los mensajes de datos con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa, así como las definiciones mínimas requeridas de conceptos aplicables al comercio electrónico.

De lo anterior, surge la necesidad imperiosa de definir los principios enunciados, lo que se hace a continuación:

Principio de neutralidad tecnológica. "Es la condición de que una acción, definición, ley, estándar, etc., no se formula de tal manera que sesgue todas las decisiones subsecuentes a favor de una tecnología en particular, entre aquellas capaces de resolver el problema".¹¹⁴

Autonomía de la voluntad, como ya se estableció con antelación, este es un: "Principio jurídico de acuerdo con el cual se tiene la facultad de realizar o no determinados actos jurídicos y de realizarlos, en su caso, con la forma y en la extensión que las partes consideren convenientes".¹¹⁵

Compatibilidad internacional. "Se refiere que al tratarse de una materia común en todo el mundo y por resultado del impulso de la Ley Modelo debe existir una relación con las demás legislaciones ya que se trata de una sola tecnología y por lo tanto no puede ser regulada de manera diferente sino con muchas coincidencias sin llegar a ser idénticas".¹¹⁶

¹¹⁴ http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/374d0ee90831e4ebaa1def162fa50747/Neutralidad_Tecnologica.pdf 15 de Abril de 2010, 12:09 horas.

¹¹⁵ DE PINA Vara Rafael. Ob. Cit. Pág. 116.

¹¹⁶ http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/cornejo.pdf 15 de Abril de 2010, 12:50 horas.

Equivalencia funcional. “Es la función jurídica que cumpla con la expresión escrita y autógrafa respecto de cualquier acto jurídico, la cumpla igualmente su expresión electrónica a través de un mensaje de datos con independencia del acto jurídico de que se trata”.

A continuación, para un mejor entendimiento de las reformas y adiciones efectuadas, se analizará cada uno de los capítulos del Código de Comercio antes referidos.

De los mensajes de datos.

Lo más relevante de éste capítulo, es que establece la posibilidad de condicionar los efectos jurídicos del mensaje de datos hasta en tanto se reciba el acuse respectivo, el que puede ser efectuado por cualquier medio, es decir, sea comunicación automatizada o no.

Es de destacar, que el artículo 93 reformado, da cumplimiento de manera por demás sobresaliente a los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica referidos en párrafos precedentes al establecer: “(...) *Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos (...) sin importar el formato en el que se encuentre o represente*”. (Lo subrayado pertenece al suscrito).

De la misma forma, se establece la presunción (*iuris tantum*), de que el mensaje de datos proviene del emisor, por lo que se establece que el destinatario tiene Derecho a considerar que éste es el que quería enviar el emisor, por lo que podrá actuar en consecuencia.

De las firmas.

En el capítulo en comento, se reconoce dos tipos de firmas electrónicas a saber, que son: 1) La firma electrónica y 2) La firma electrónica avanzada, entendiéndose por la primera de ellas, según el artículo 89 del Código de Comercio: *“Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el Mensaje de Datos e identificar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa (...)”*.

Por lo referente a la firma electrónica avanzada, ésta es así considerada, si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 97 del Código de Comercio, que se resumen de la siguiente forma: cuando los datos de creación corresponden y estaban bajo el control exclusivo del firmante, cuando es posible detectar cualquier alteración a la firma electrónica o a la integridad de la información contenida en el mensaje de datos hechas después del momento de la firma.

De la misma forma, establece como deberes del firmante los siguientes:

- 1) Cumplir con las obligaciones derivadas del uso de la firma electrónica,
- 2) Actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los datos de creación de la firma,
- 3) Cuando se emplee un certificado (expedido por un prestador de servicios del que hablaremos en seguida al comentar el capítulo III del Título Segundo del Código de Comercio), cerciorarse de que los datos contenidos en éste sea exactos y responder de las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma.

De los prestadores de servicios de certificación.

En lo referente a la firma electrónica avanzada, es pertinente destacar que según lo ordenado en el artículo 100 del Código de Comercio, ésta es creada por prestadores de servicios de certificación, que pueden ser notarios o corredores públicos, personas morales de carácter privado e instituciones públicas, debidamente acreditados ante la Secretaría de Economía, que expiden un certificado respectivo al titular de la firma, y es precisamente por la intervención de un tercero, la razón por la que la firma electrónica avanzada da un mayor grado de certeza jurídica a los mensajes que cuenten con ella, puesto que los datos de creación y el control de la misma están bajo control de una persona determinada, así como porqué es posible detectar alteraciones a ésta e incluso al mensaje de datos en que ésta se plasme.

Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeros.

Lo establecido en éste capítulo tiene como base los principios de neutralidad tecnológica y compatibilidad internacional, al establecer que todo certificado expedido y toma firma electrónica creada o utilizada fuera de la República Mexicana producirán los mismos efectos que los creados o utilizados en ésta, si presentan un grado de fiabilidad equivalente, para lo que se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas por la República Mexicana y cualquier otro medio de convicción adecuado.

De la misma forma, faculta a las partes contratantes para acordar la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas y certificados, se reconocerá ese acuerdo como un reconocimiento transfronterizo, salvo que dicho acuerdo no sea válido o eficaz conforme al Derecho aplicable.

4.7.- Ley Federal de Protección al Consumidor.

En lo que interesa al Comercio Electrónico, se adicionó la fracción VIII del artículo 1º y el capítulo VIII Bis al que se denominó “*DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN LAS TRANSACCIONES EFECTUADAS A TRÁVES DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, OPTICOS O DE CUALQUIER OTRA TECNOLOGÍA*”, el que contiene el artículo 76 bis.

Por lo referente a la adición de la fracción VIII del artículo 1º, se establece que el objeto de la Ley entre otras cosas, es para garantizar la efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.

El artículo 76 bis, establece fundamentalmente el derecho que tienen los consumidores a que se les proporcione la información adecuada sobre términos, condiciones, costos, cargos adicionales y formas de pago de los bienes y servicios sobre los que se va a contratar, la obligación del proveedor de utilizar de forma confidencial la información proporcionada por el consumidor, evitar prácticas comerciales engañosas, entre otras.

Lo más destacable que encontramos en el artículo que se analiza, es la obligación del proveedor de “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”, lo que evidentemente tiene por objeto cualquier tipo de acción fraudulenta y prevenir la contratación con proveedores inexistentes.

4.8.- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

Esta Ley se encuentra comprendida por 69 artículos, se estudia porque pudiera ser tomada en consideración en la realización del comercio electrónico,

pero en nuestra opinión al no ser una ley mercantil no puede ser aplicada de forma supletoria al Código de Comercio, su estructura se divide en los capítulos y secciones siguientes:

Capítulo I Disposiciones generales (Arts. 1º al 5º); Capítulo II De los principios de protección de datos personales (Arts. 6º al 21); Capítulo III De los derechos de los titulares de datos personales (Arts. 22 al 27); Capítulo IV Del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (Arts. 28 al 35); Capítulo V De la transferencia de datos (Arts. 36 y 37); Capítulo VI De las autoridades (Arts. 38 a 44), la que a su vez se divide en la sección I. Del instituto y sección II. De las autoridades reguladoras; Capítulo VII Del procedimiento de protección derechos (Arts. 45 a 58); Capítulo VIII Del procedimiento de verificación (Arts. 59 y 60); Capítulo IX Del procedimiento de imposición de sanciones (Arts. 61 y 62); Capítulo X De las infracciones y sanciones (Arts. 63 a 66) y Capítulo XI De los delitos en materia del tratamiento indebido de datos personales (Arts. 67 a 69).

Objetivo.

De conformidad con el artículo 1º del ordenamiento jurídico que se analiza, dicha Ley es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

Sujetos regulados por esta Ley.

Toda persona física o moral de carácter privado, que tratamiento de datos personales, con excepción de:

I) Las sociedades de información crediticia en los supuestos de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia y demás disposiciones aplicables, y

II) Las personas que lleven a cabo la recolección y almacenamiento de datos personales, que sea para uso exclusivamente personal, y sin fines de divulgación o utilización comercial.

En nuestra opinión los conceptos de mayor relevancia en dicha ley son:

Aviso de privacidad: Documento físico, electrónico o en cualquier otro formato generado por el responsable que es puesto a disposición del titular, previo al tratamiento de sus datos personales, de conformidad con el artículo 15 de la presente Ley.

Bases de datos: El conjunto ordenado de datos personales referentes a una persona identificada o identificable.

Bloqueo: La identificación y conservación de datos personales una vez cumplida la finalidad para la cual fueron recabados, con el único propósito de determinar posibles responsabilidades en relación con su tratamiento, hasta el plazo de prescripción legal o contractual de éstas. Durante dicho periodo, los datos personales no podrán ser objeto de tratamiento y transcurrido éste, se procederá a su cancelación en la base de datos que corresponde.

Consentimiento: Manifestación de la voluntad del titular de los datos mediante la cual se efectúa el tratamiento de los mismos.

Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.

Tratamiento: La obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.

Transferencia: Toda comunicación de datos realizada a persona distinta del responsable o encargado del tratamiento.

Asimismo se impone la obligación a los responsables del tratamiento de datos personales deberán observar los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, previstos en dicha Ley, asimismo establece que toda obtención de datos personales no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos.

En su artículo 7º de dicha Ley, se establece la expectativa razonable de privacidad entendiendo por ello como la confianza que deposita cualquier persona en otra, respecto de que los datos personales proporcionados entre ellos serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos por esta Ley

De lo anterior podemos inferir que aún con las previsiones, medidas, autoridades, sanciones y hasta delitos que prevé dicha Ley, acorde a la velocidad en que se da el flujo de datos por medios electrónicos que inclusive no sólo son a nivel nacional sino internacional, en la protección de datos personales al menos por ahora se está a la buena fe de las partes contratantes o en términos de esta Ley, de los responsables en el tratamiento de datos personales.

Asimismo, se establece que todo tratamiento de datos personales está sujeto al consentimiento del titular, el que puede otorgarse de forma expresa o tácita, salvo las siguientes excepciones, si los datos personales contienen información financiera o patrimonial y de la misma forma se requerirá de consentimiento expreso cuando se trate de datos personales sensibles (aquellos

datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste).

Se impone la obligación a los responsables del tratamiento de datos personales de establecer y mantener medidas de seguridad administrativas, técnicas y físicas que permitan proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado.

Podemos resumir que dicha Ley establece que el tratamiento de datos personales debe limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad y las disposiciones legales aplicables, y posteriormente deben ser cancelados, además de que establece para el responsable o los terceros que intervengan en el tratamiento de la información, la obligación de guardar confidencialidad subsistirá después de finalizar sus relaciones con el titular o con el responsable.

4.9.- Código Civil Federal.

Este ordenamiento jurídico, fue reformado en los aspectos siguientes:

- 1) Se acepta que el consentimiento es expreso cuando la voluntad se manifiesta por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología (Artículo 1803);
- 2) Se equipara la oferta hecha por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, que permita la expresión de la oferta y de la aceptación en forma inmediata con la oferta hecha a persona presente (Artículo 1805);
- 3) Se establece que la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no requerirá de

estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos (Artículo 1811); y

- 4) De la misma forma se establece que cuando la Ley requiera la forma escrita, en el caso de los contratos celebrados por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, ese requisito quedará satisfecho 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.

4.10.- Código Federal de Procedimientos Civiles.

En lo concerniente a ésta codificación, en el Título Cuarto, referente a la Prueba, en el capítulo IX relativo a la valuación de la prueba, únicamente se adicionó el artículo 210-A, para como medio de prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y que la valoración de dicha información se encuentra supeditada a la fiabilidad del método en que ésta se generó, comunicó, recibió o fue archivada.

4.11.- Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, Prácticas comerciales-requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos.

Esta es de observancia general para los comerciantes y establece los requisitos que deben observarse para la conservación del contenido de mensajes de datos que consignen contratos, convenios o compromisos y que en consecuencia originen el surgimiento de derechos y obligaciones, así como para todas aquellas personas con quienes los comerciantes otorguen o pacten dichos contratos, convenios y compromisos, es decir, la norma en comento establece como deben ser almacenados e inalterados los mensajes de datos.

4.12. Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación.

Este ordenamiento tiene por objeto establecer las normas reglamentarias a las que deben sujetarse los Prestadores de Servicios de Certificación en materia de firma electrónica y expedición de Certificados para actos de comercio, como son: 1) Los requisitos y del trámite para acreditación; 2) De la operación; 3) De los certificados; 4) De las auditorías y 5) De las infracciones y sanciones en que pueden incurrir.

4.13.- Reglas Generales a las que deberán sujetarse los Prestadores de Servicios de Certificación y acuerdo que las modificó.

Dicho ordenamiento jurídico establece grosso modo cuando se tendrán por satisfechos los elementos humanos, materiales, económicos, tecnológicos y procedimientos por parte de un Solicitante de Acreditación como Prestador de Servicios de Certificación, en adelante el Solicitante de Acreditación, y por un Prestador de Servicios de Certificación ya acreditado.

Las reglas que se analizan contienen información pormenorizada del funcionamiento de los prestadores de servicios de certificación que va incluso hasta que su mobiliario cuente con gabinetes y chapas seguras, que los dispositivos de fotocopiadoras y fax se ubiquen dentro de las áreas seguras, siempre bajo control para no comprometer su seguridad, que las puertas y ventanas siempre deben permanecer cerradas, instalando protecciones externas o internas y algunas otras de naturaleza análoga.

4.14.- La necesidad de reforma al régimen jurídico del comercio electrónico en México.

Del análisis de los ordenamientos jurídicos podemos concluir que son necesarias diversas reformas al tratamiento que se da al Comercio Electrónico en nuestro país, reformas que deben ser incluidas en el Código de Comercio, ya que éste es el ordenamiento jurídico que regula todo lo referente a los actos de comercio y estas son las siguientes:

Necesidad de reforma al Título Segundo, capítulo segundo del Código de Comercio denominado “Del registro de comercio”.

En la actualidad son muchos los comerciantes que hacen uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC´s) para ofrecer y vender sus bienes y servicios, ello porque su utilización significa muchas ventajas respecto a la forma en la que usualmente se desarrollaba el comercio, entre ellas las siguientes:

- El comercio electrónico tiene un alcance mundial y presencia de negocios las 24 horas del día los 365 días del año.
- El comercio tradicional requiere de personas para atender a los clientes, mientras en el comercio electrónico este requerimiento disminuye, llegando a extremos donde un equipo de cómputo puede desempeñar, en forma automatizada, todo el proceso comercial, incluyendo la toma de pedidos, la verificación del medio de pago, la aceptación del pago, la entrega del bien o servicio, la facturación y el registro contable de la operación.

Es innegable que de las TIC´s la que tiene mayor difusión por su bajo costo y los alcances que posee es el Internet, cualquier empresa que tenga cierto prestigio posee una página de Internet (portal web) en el que ofrece los bienes o servicios que comercializa.

Un problema que existe en relación a lo mencionado en el párrafo precedente es que usualmente el nombre de dominio bajo el que se denomina la página de Internet no permite la identificación del titular del mismo, ya que las empresas casi siempre utilizan un nombre comercial (de los que según la Ley de la Propiedad Industrial no es necesario registro alguno) o una frase que nada tiene que ver con su razón o denominación social y que además no está registrada ante ninguna autoridad.

Por lo anterior es necesario reformar el Título segundo, Capítulo II del Código de Comercio denominado “Del Registro de Comercio”, para establecer un registro obligatorio para todo comerciante que efectúe el comercio electrónico por medio de una página web, nombre de dominio portal web de la que él sea el titular, con la finalidad de dar publicidad a los contratantes, respecto de la persona moral que oferta el bien o servicio y con quien van a contratar, así como para garantizar la vinculación entre el prestador del bien o servicio, su establecimiento físico y virtual, así como que dicha información sea de fácil acceso para cualquier persona y para la administración pública.

La reforma que se menciona tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 18 del Código de Comercio, precepto legal que en su párrafo primero establece: “En el Registro Público de Comercio se inscriben los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran”.

De lo anterior podemos concluir que al ser el comercio electrónico actos de comercio celebrados a través de medios electrónicos y que estos tienen relación con los comerciantes pudiera ser necesaria su inscripción en el Registro Público de Comercio. Resulta absurdo pensar en que toda operación de las denominada comercio electrónico tenga que ser inscrita, más sin en cambio parece un acierto el registro de la página web de los comerciantes que la utilicen para los efectos de

vinculación ya antes precisados, además de que seguramente los contratantes o consumidores tendrían mayor confianza al contratar por dichos medios.

En ese sentido la redacción del artículo 18 en comento debiera quedar de la forma siguiente:

“En el Registro Público de Comercio se inscriben los actos mercantiles, **los nombres de dominio, direcciones de Internet o páginas web que los comerciantes utilicen para su identificación o el desarrollo de sus actividades en Internet, así como todo acto de modificación o cancelación de las mismas,** así como aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran”.

En virtud de la reforma al artículo anterior, es necesaria la modificación a los artículos 19 y 21 del mismo ordenamiento legal, los que analizamos a continuación:

“Artículo 19. La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio y obligatoria para todas las sociedades mercantiles por lo que se refiere a su constitución, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación y para los buques...”

El precepto legal que se analiza establece el registro potestativo para los individuos que se dediquen al comercio, lo que parece acertado pues fácticamente es imposible y hasta absurdo exigir su registro obligatorio, más sin embargo en consideración a la reforma que se sugiere del artículo 18, este tendría que ser modificado para exigir registro obligatorio para las personas físicas que realicen el denominado comercio electrónico utilizando un nombre de dominio, dirección de Internet o página web, por lo que la redacción de dicho artículo debiera quedar como sigue:

“La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, **excepto cuando realicen actos de comercio a través de un nombre de dominio, dirección de Internet o página web de la que sea el titular,** y obligatoria para todas las sociedades mercantiles por lo que se refiere a su constitución, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación y para los buques. Los primeros quedarán inmatriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario.”

En lo tocante al artículo 21 del Código de Comercio, al referirse a las anotaciones que pueden efectuarse en el folio electrónico de cada comerciante o sociedad y estar estructurado en fracciones, basta adicionar una fracción referente al comercio electrónico, que en este caso sería la XXI y debe quedar de la manera siguiente:

“XXI. **Los nombres de dominio, direcciones de Internet o páginas web de las que sean titulares y utilicen de forma habitual y reiterada para el desarrollo de sus actividades.**”

Necesidad de reforma al artículo 80 del Código de Comercio.

El artículo 80 del Código de Comercio, establece la forma en que se perfeccionan los convenios y contratos mercantiles entre no presentes, acogiéndose a la teoría de la recepción, precepto legal que para un mejor entendimiento del caso que nos ocupa se transcribe a continuación:

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

Es pertinente mencionar que la redacción original de dicho precepto legal es de hace más de 100 años, época en que las comunicaciones eran arcaicas y en las que llevaba mucho tiempo poder hacer llegar un mensaje a algún otro sitio, a diferencia de lo que acontece en la actualidad, que es posible comunicar un mensaje a distancias insospechadas y a multitud de personas en cuestión de segundos, por ello el Código de Comercio se apegó a la teoría de la recepción bastando que el policitante recibiera la oferta para que el convenio o contrato quedara perfeccionado.

En nuestra opinión atendiendo a la facilidad de las comunicaciones, es necesaria la reforma al artículo 80 del Código de Comercio en el sentido de acogerse a la teoría de formación del consentimiento entre no presentes denominado de la cognición, el que se sustenta en que el consentimiento se perfecciona hasta que el policitante informa al aceptante que ha recibido y conoce su aceptación, lo anterior debido a que en la teoría denominada de la recepción se basa en el hecho de que llegó a poder del oferente la aceptación, pero pudiera darse el caso de que este nunca la conociera por múltiples factores.

Por lo anteriormente expuesto, la redacción de la reforma propuesta al artículo 80 del Código de Comercio debe quedar de la manera siguiente:

“Los contratos y convenios que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, **quedarán perfeccionados hasta que se reciba la confirmación por parte del oferente de haber recibido y conocido la aceptación de la propuesta o de las condiciones con que éste fuere modificada.**”

La necesidad de adicionar el Libro Segundo, título segundo denominada “Del Comercio Electrónico”

En párrafos precedentes se establecieron desde nuestro punto de vista diversas reformas que deben efectuarse en el Código de Comercio respecto al tratamiento que se da actualmene al Comercio Electrónico, en este apartado estableceremos los temas sobre los que debe legislarse y que deben ser adicionados al capítulo referente al Comercio Electrónico y estos son los siguientes:

Obligaciones específicas en el comercio electrónico.

En nuestra opinión existen diversas obligaciones específicas en la realización del comercio electrónico siendo algunas de ellas previas a la contratación, algunas de carácter general y otras posteriores a la contratación y estas son las siguientes:

Obligación de información previa a la celebración del contrato.

En nuestra opinión en el Código de Comercio debería existir alguna disposición de carácter similar a la que existe en el artículo 76 Bis fracción V de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que establece que: “El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor”, salvo las precisiones siguientes:

- 1) Conocer la información no debe ser un derecho sino una obligación, ya que podría haber confusión en el sentido de que ese derecho es potestativo y su no ejercicio eximiría a una de las partes de la responsabilidad de no haber proporcionado esa información.
- 2) La Ley en comento va dirigida al consumidor entendiendo por él, la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final de bienes, productos o servicios, lo que podría darse o no en el

comercio electrónico, pues en la gran mayoría de los casos las partes contratantes no son los destinatarios finales sino meros intermediarios, por lo que la terminología adecuada sería la de parte contratante.

De la misma forma, debe establecerse por las partes contratantes dentro de la información previa a la celebración de actos de comercio por medios electrónicos, lo siguiente:

- 1) Trámites a seguir para la celebración del contrato: se deben exponer los pasos que el usuario debe seguir para que el contrato se efectúe;
- 2) Forma de acceder al documento electrónico que se genere con motivo de ese acto de comercio por medios electrónicos: Si el contrato que se efectúe genera un documento electrónico este debe quedar a disposición de las partes contratantes para su reproducción, almacenamiento y posterior consulta.
- 3) Formas para identificar, corregir errores o realizar alguna solicitud: Debe de establecerse algún medio de contacto directo y de atención inmediata por el que los contratantes puedan modificar la información proporcionada o las solicitudes efectuadas.

Obligación de información posterior a la celebración del contrato.

Debe garantizarse por los contratantes un medio de comunicación idóneo en cuanto a rapidez y fiabilidad a efecto de que puedan estar en contacto directo una vez que se haya perfeccionado el consentimiento, mientras se realizan los actos de ejecución necesarios para dar cabal cumplimiento al contrato, así como para que una vez que se hayan extinguido las obligaciones, puedan estar en contacto para solicitar nueva información respecto de un bien o servicio diverso, para alguna aclaración, reclamación o sugerencia, por lo que debe ser obligación

entre las partes proporcionar los datos del establecimiento físico en el que se le pueda encontrar.

Protección de datos personales en el comercio electrónico.

Por lo que esto respecta el Código de Comercio ni tampoco ley de carácter eminentemente mercantil hace pronunciamiento alguno por lo que el Comercio Electrónico se está efectuando sin que exista responsabilidad alguna para las partes contratantes en cuanto al tratamiento de la información personal, de datos sensibles, de carácter financiera y patrimonial lo que es muy preocupante, y aunque si bien es cierto las partes bajo el principio de la autonomía de la libertad contractual pueden establecer cláusulas de confidencialidad, también lo es cierto que la legislación nacional debe establecer el mínimo de lineamientos que deben seguirse a ese efecto, así como las sanciones para quienes incumplan con dichas obligaciones.

Cabe precisar que la Ley Federal de Protección de Datos Personales es un ordenamiento de carácter administrativo no mercantil, y si bien es cierto, pudiera en un momento resultar aplicable a los contratantes, en nuestra opinión la única finalidad que puede tener para el comercio electrónico es servir de base para la elaboración de cláusulas de confidencialidad respecto al tratamiento de la información que intercambien las partes contratantes.

Debemos puntualizar que aún cuando dicha ley es aplicable a cualquier persona que lleve a cabo el tratamiento de datos personales, con la finalidad de prevenir controversias o interpretaciones sobre su aplicación o no a la materia mercantil nos parece más acertado incluir en el Código de Comercio todas las disposiciones relativas a la protección de los datos de las partes en los actos de comercio celebrados por medios electrónicos, por el simple hecho de ser este ordenamiento jurídico el que regula el comercio electrónico.

Por lo anterior, es necesario adicionar un capítulo al título del Código de Comercio referente al Comercio Electrónico que dé un tratamiento muy similar a lo que hace la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y que contenga por lo menos lo siguiente:

1. Disposiciones generales.
2. Principios de protección de datos personales.
3. Derechos de los titulares de datos personales y obligaciones de los responsables en el tratamiento de datos personales.
4. De las transferencias de datos.
5. De las infracciones, sanciones y delitos de los responsables en el tratamiento de datos personales.

Aun con lo anterior, debemos señalar que por la forma en que actualmente se almacenan y transmiten los datos personales, la mayor medida de seguridad es y al parecer será por un tiempo la buena fe de los contratantes, pues se necesita de un hecho material que evidencie el mal uso por parte de uno de los contratantes de datos que se le otorgaron y el daño o perjuicio causado a su contraparte para proceder en su contra ya sea en vía civil o penal.

Pago electrónico y transferencia electrónica de fondos.

Una de las cuestiones de mayor trascendencia y de mayor preocupación para el desarrollo del comercio electrónico, es el sistema de pagos electrónicos, pues este debe reunir ciertos requisitos de seguridad y fiabilidad para el que lo efectúa, además de que en los actos de comercio celebrados por medios electrónicos, rara vez por no decir que nunca se utilizará dinero de cómo se hace habitualmente entre los negocios jurídicos celebrados en forma directa.

No encontramos en el Código de Comercio disposición expresa o siquiera que pueda inferir al pago electrónico.

En principio de cuentas debemos establecer que debemos entender por pago electrónico, podemos definirlo como cualquier operación de pago efectuada por medio electrónicos mediante una tarjeta con banda magnética y/o con un microprocesador integrado, con un password o una llave ya sea en un equipo terminal de pago electrónico (TPE) o terminal punto de venta (TPV).

Asimismo es pertinente mencionar que todo instrumento y sistema de pago electrónico podría considerarse como transferencia electrónica de fondos (TEF), ya que toda TEF parece contemplar toda transmisión de un valor monetario por medios electrónicos.

En nuestro país el 15 de Junio de 2010, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F.) por el Banco de México “las Reglas del Sistema de Pagos Electrónicos Interbancarios” (SPEI), mediante el que se implementaron las bases para permitir a los clientes de los bancos enviar y recibir transferencias electrónicas de dinero en cuestión de minutos.

Lo relevante del SPEI es que toda persona ya sea física o moral que desee realizar transferencias electrónicas de fondos debe solicitarlo directamente al banco en el que tenga una cuenta ya sea de debito o de crédito, lo que otorga cierta certeza en lo que respecta a identificar quien hace la transferencia, el concepto por el que se hace, así como quien la recibe y en que concepto.

Se asevera que otorga cierta certeza respecto a la transferencia toda vez que para abrir una cuenta bancaria de ahorro (en la que se otorga una tarjeta con banda electromagnética conocida usualmente como de debito), el mínimo de requisitos que se solicitan por lo que refiere a una persona física es una identificación oficial y la cantidad mínima requerida; y en el caso de una persona moral el mínimo de requisitos son presentar el acta constitutiva (la que muy probablemente esté ya inscrita en el Registro Público del Comercio

correspondiente), identificación oficial del representante legal, en su caso poder en el que consten las facultades del apoderado legal para actuar en nombre y representación de dicha persona moral, el alta de hacienda y la cantidad mínima requerida.

Por lo anterior es innegable que siempre sabremos a que cuenta bancaria se transfirió el dinero y quien es el titular de ella, aunque cabe resaltar que ello nos eximiría de que nos defraudaran, pues si bien es cierto conocemos a donde iría nuestro dinero, también es cierto que nada impediría que alguien nos prometiera un bien o servicio, hiciéramos la transferencia electrónica de fondos y nuestra contraparte incumpliera.

Por lo que respecta al Código de Comercio, a efecto de que las partes contratantes tengan una mayor certeza pudiera mencionarse en forma breve y genérica que son las transferencias electrónicas de fondos y mencionar que estas se efectuarán de conformidad con las “las Reglas del Sistema de Pagos Electrónicos Interbancarios”, publicadas por el Banco de México.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es necesario reformar el Título segundo, Capítulo II del Código de Comercio denominado “Del Registro de Comercio”, para establecer un registro obligatorio para todo comerciante que efectúe el comercio electrónico por medio de una página web, nombre de dominio o portal web de la que él sea el titular.

SEGUNDA.- El registro obligatorio de la página de Internet, nombre de dominio o portal web del comerciante que realice comercio electrónico, debe tener por finalidad dar publicidad a los contratantes, respecto de la persona moral que oferta el bien o servicio y de con quien se va a contratar, garantizando la vinculación entre el prestador del bien o servicio, con su establecimiento físico y virtual.

TERCERA.- La información que vincule a un comerciante con una página de Internet, portal web o nombre de dominio, debe ser de fácil acceso para cualquier persona, así como para la administración pública.

CUARTA.- Debe reformarse el Código de Comercio para establecer que la inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, excepto cuando realicen actos de comercio a través de un nombre de dominio, dirección de Internet o página web de la que sea el titular, pues en dicho supuesto será obligatorio.

QUINTA.- Debe reformarse acorde a la época actual el artículo 80 del Código de Comercio, para establecer que los convenios y contratos mercantiles celebrados por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología quedarán perfeccionados hasta que se reciba la confirmación por parte del oferente de haber recibido y conocido la aceptación de la propuesta o de las condiciones con que éste fuere modificada.

SEXTA.- Debe adicionarse al Código de Comercio en el sentido de establecer obligación a las partes contratantes del comercio electrónico, de proporcionarse la información necesaria previa y posterior a la celebración del contrato, debiendo suministrarse mutuamente datos y formas de contacto inmediato para la atención de cualquier cuestión con relación al acto de comercio celebrado.

SÉPTIMA.- Debe adicionarse al Código de Comercio para establecer todas las disposiciones relativas a la protección de los datos de las partes en los actos de comercio celebrados por medios electrónicos, estableciendo el mínimo de requerimientos para la protección de datos personales e información financiera y patrimonial, así como las sanciones para quienes las infrinjan.

OCTAVA.- Debe adicionarse al Código de Comercio en el sentido de establecer el mínimo de requerimientos e información referente a los pagos electrónicos y las transferencias electrónicas de fondos, tomando como base las disposiciones publicadas por el Banco de México.

NOVENA.- El comercio electrónico ha venido a revolucionar la forma en que se comercializan bienes y servicios, no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional, lo que trae como consecuencia serios problemas jurídicos siendo los más relevantes competencia, conflicto de leyes, protección de datos personales y transferencia electrónica de fondos.

DÉCIMA.- A pesar de los esfuerzos por una regulación jurídica adecuada del comercio electrónico, por la velocidad con que este se desarrolla y los avances tecnológicos no es posible dar una regulación eficaz al mismo, siendo el mejor medio para dar certeza y seguridad jurídicas a dichos actos, la autonomía de la libertad contractual y la buena fe de los contratantes.

BIBLIOGRAFÍA.

- ACOSTA ROMERO Miguel “et al.”. *Nuevo Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 2000.
- ALONSO VELASCO Juan Antonio y otros. *Tecnologías de la información y de la comunicación*, Alfa-Omega, México, 2005.
- BARRERA GRAF Jorge. *Tratado de Derecho Mercantil*, Volumen Primero, Porrúa, México 1957.
- BOIZARD PIWONKA Alicia y PÉREZ ARATA Miguel. *Internet en acción*, McGraw – Hill, Santiago de Chile, 1996.
- BORJA SORIANO Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*, 19ª edición, Porrúa, México, 2004.
- CALDERÓN MEDINA David. *Comercio electrónico. Una perspectiva tributaria mexicana*. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México, 2010.
- CÁRDENAS GARCIA Jaime. *Introducción al estudio del Derecho*, Nostra Ediciones, México, 2010.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México, 2007.
- CHIRINO CASTILLO Joel. *Contratos Civiles*, Porrúa, México, 2007.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito*, 2ª edición. Harla. México D.F. 1998.
- DAVALOS TORRES MARÍA SUSANA. *Manual de Introducción al Derecho Mercantil*. 1ª edición Nostra Ediciones, México, 2010.
- DÍAZ BRAVO Arturo. *Derecho Mercantil*, 1ª reimpresión, Editores Iure, México, 2006.
- DÍAZ GONZÁLEZ Luis Raúl. *Los medios electrónicos en el Derecho Mexicano*, Gasca sicco, México, 2006.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo. *Derecho civil. Teoría del contrato, Contratos en particular*, Porrúa, México, 2000.
- FERREYRA CORTÉS Gonzalo. *Internet paso a paso. Hacia la autopista de la información*, Alfaomega Grupo Editor, S.A. de C.V., México, D.F., 1996.
- GALINDO GARFIAS Ignacio. *Teoría general de los contratos*, Porrúa, México, 1996.
- GARRIGUES GARRIGUES Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil I*. 8ª edición. Porrúa. México 1987.
- GARRIGUES GARRIGUES Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª edición, Porrúa, México 1988.
- LEÓN TOVAR Soyla H. *Contratos Mercantiles*, 5ª Edición, Porrúa, México, 2003.
- MANTILLA MOLINA ROBERTO L. *Derecho Mercantil*. 19ª edición, Porrúa, México, 1979.
- MEJÁN CARRER Luis Manuel C. *Obligaciones civiles*, Oxford University Press, México, 2005.
- NÚÑEZ S. Adriana. *Comercio electrónico. Aspectos impositivos, contables y tecnológicos*, La Ley, Argentina, 2005.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. *Contratos civiles*, 5ª edición, Porrúa, México, 1998.
- PINA VARA, Rafael de. *Derecho Mercantil Mexicano*, 23ª edición. Porrúa México D. F. 1992.
- PLANIOL Marcel "et al." *Derecho Civil*, Editorial Oxford University Press, primera serie, volumen 8, México, 2003.
- PUENTE Y FLORES Arturo y CALVO MARROQUIN Octavio, *Derecho Mercantil*. 40ª edición, Banca y Comercio, México 1993.

- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *El Comercio Exterior de México. Marco Jurídico, estructura y política*, Porrúa, 1989.
- RAMÍREZ VALENZUELA Alejandro. *Derecho Mercantil*. 9ª edición. Limusa. México D.F. 1995.
- REYES KRAFFT Alfredo Alejandro. *La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación*, Editorial Porrúa, México, 2003.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 1, 19ª edición, Porrúa México 1988.
- ROJINA VILLEGAS Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia*, Porrúa, México, 1993.
- SÁNCHEZ MEDAL Ramón. *De los contratos civiles*, 17ª edición, Porrúa, México, 1999.
- SÁNCHEZ NAVARRO José Daniel. *El camino fácil a Internet*, McFraw-Hill, España, 1996.
- SOLÍS GARCÍA José Julio. *Factura y Firma Electrónica Avanzada*, Gasca Sicco, México, 2005.
- TENA Felipe de J. *Derecho Mercantil Mexicano*, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*, 6ª edición, McGraw Hill, México, 2002.
- TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Teoría General de las Obligaciones*, 1ª edición, McGraw-Hill, México, 2007.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO Oscar. *Contratos Mercantiles*, 13ª Edición, Porrúa, México, 2004.
- VAZQUEZ ARMINIO, Fernando. *Derecho Mercantil*, Porrúa, México 1977.
- VIVANTE César. *Derecho Mercantil*, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 6ª época, 2ª etapa, México, 2002.

- ZAMORA Y VALENCIA Miguel Ángel. *Contratos civiles*, Porrúa, México, 1981.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2ª edición, Porrúa. México. UNAM. 1988.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo X, Segunda Edición, Porrúa, México, 2004.

LEGISLACIÓN.

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y guía para su incorporación al derecho interno.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y guía para su incorporación al derecho interno.
- Código de Comercio
- Código Civil Federal
- Código Federal de Procedimientos Civiles
- Ley Federal de Protección al Consumidor
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares
- Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, Prácticas comerciales- Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos.

- Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación.
- Reglas Generales a las que deberán sujetarse los Prestadores de Servicios de Certificación.
- Acuerdo que modifica las Reglas Generales a las que deberán sujetarse los prestadores de servicios de certificación.

FUENTES ELECTRÓNICAS

- http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura, 25 de Noviembre de 2009, 11:14 horas.
- <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/60/PDF/N9776360.pdf?OpenElement> 10 de Abril de 2010, 13:27 hrs.
- http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/374d0ee90831e4ebaa1def162fa50747/Neutralidad_Tecnologica.pdf 15 de Abril de 2010, 12:09 horas.
- http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/cornejo.pdf 15 de Abril de 2010, 12:50 horas.
- http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=FUENTE 17 de Octubre de 2011 a las 18:57 horas.
- http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas_de_la_informaci%C3%B3n_y_la_comunicaci%C3%B3n 25 de Octubre de 2011 a las 20:15 horas.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

- CD LEGISLACIÓN MERCANTIL y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, México, 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Resolución aprobada por la Asamblea General** *[sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/588)]* 56/80 Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.